T. germ
181 h

Schwarze

Untersuchung

practisch wichtiger Materien

aus dem Gebiete

des im

Königreiche Sachsen geltenden Rechts.

Nebst

einem Anhange

interessanter Erkenntnisse Sächsischer Spruchbehörden.

Von

Dr. Fr. Schwarze, und **Dr. R. Heyne,**

K. S. Appell.-Ger.-Assessor zu Dresden, mehrer gelehrten Gesellsch. ord. Mitgl.

K. S. Appell.-Ger.-Assessor zu Dresden.

Zweite unveränderte Ausgabe.

Dresden und Leipzig,

in der Arnoldischen Buchhandlung.

1844.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Sr. Excellenz

dem

K. S. Herrn Staatsminister und Minister der Justiz,

Herrn

Julius Traugott Jacob von Könneritz,

des K. Sächs. Civilverdienstordens und des Großherzoglich Sachsen-Weimar'schen Falkenordens Großkreuz,

ꝛc. ꝛc.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

und

Sr. Excellenz

dem

K. S. Herrn Staatsminister und Minister des Cultus
und des öffentlichen Unterrichts,

Herrn

Carl August Wilhelm Eduard von Wietersheim,

des K. Sächs. Civilverdienstordens und des K. Preußischen
Rothen Adlerordens Comthur,

ꝛc. ꝛc.

in tiefster Ehrerbietung gewidmet

von

den Verfassern.

Vorrede.

Der Zweifel erzeugt die Wahrheit! Dieß bestätigt sich in jeder Wissenschaft, auch in der Jurisprudenz. Der Glücklichste Der, welcher, durch die Nacht der Zweifel hindurchgedrungen, bereits das Licht der Wahrheit schaut! Glücklich aber auch Der, welcher, obschon noch nicht die Wahrheit, doch wenigstens den Zweifel erkannt hat; glücklicher jedenfalls als Jener, welchem der Zweifel nicht einmal aufstößt, wo er wirklich vorhanden ist! Ein erfreuliches Zeichen der Zeit ist es daher, daß gegenwärtig in unserem Vaterlande die gemeinschaftliche Berathung und Besprechung über zweifelhafte Rechtsfragen die alltägliche Unterhaltung unter den Juristen bildet. Es liegt hierin die Bürgschaft, daß zuletzt der Zweifel schwinden und die Wahrheit siegreich hervorbrechen wird. Daß aber dieses letzte Ziel schneller und sicherer erreicht werde, dazu trägt unleugbar der Umstand wesentlich bei, daß Männer vom Fache, welche gewisse zweifelhafte Fragen des vaterländischen Rechts erwogen und gründlich erörtert haben, die Ergebnisse ihrer eigenen Forschungen sowohl, als die Ansichten und Entscheidungen der höheren Justiz-Collegien über diese und jene bestrittene Rechtsfrage in öffentlichen Schriften bekannt machen. Es wird hierdurch einerseits die wiederholte Discussion über schon entschiedene Controversen abgeschnitten, andererseits aber für Lösung noch nicht beseitigter Zweifel eine Basis gewonnen. Unsterblich sind daher die Ver-

dienste, welche sich Männer, wie die: Berger, Kind, Gottschalk, von Langenn, Kori, Kritz, um die vaterländische Rechtspflege erworben haben. Demselben Ziele, welches von jenen reichbegabten und hochverdienten Männern so ruhmvoll erreicht worden ist, haben die Unterzeichneten bei Bearbeitung des Werkes, welches sie gegenwärtig dem juristischen Publicum vorzulegen die Ehre haben, nachgestrebt. Auch sie sind, nach Kräften, bemüht gewesen, durch wissenschaftliche Erörterung zweifelhafter Rechtsfragen und Mittheilung von Entscheidungen der höchsten vaterländischen Gerichtshöfe für Fortbildung der Rechtspflege Etwas beizutragen. Dabei sind sie weit entfernt von der Anmaßung, als hätten sie die Muster, welche sie sich zum Vorbilde gewählt, zu erreichen oder wenigstens ihnen nahe zu kommen vermocht. Wohl aber würden sie, dafern sachkundige Männer ihren Bestrebungen Beifall zollen und diese Versuche für nicht unnützliche Vorarbeiten zu einer gründlicheren und erschöpfenderen Bearbeitung der aufgestellten Rechtsfragen erklären sollten, sich ebenso beglückt als zur Fortsetzung des begonnenen Werks ermuthigt fühlen, da sie ihren Zweck sodann erreicht hätten.

Waren übrigens auch die Unterzeichneten in Rücksicht auf eine möglichst genaue Darstellung der von ihnen zur Sprache gebrachten streitigen Rechtsfragen zuweilen genöthigt, auf das Römische und Canonische Recht zurückzugehen, so hoffen sie doch, hierbei die bei der Tendenz einer für den practischen Juristen bestimmten Untersuchung erforderlichen Schranken nicht überschritten zu haben, wie sie denn auch keine auf die Ausbildung der Theorie des Römischen und Canonischen Rechts abzweckenden Erörterungen zu liefern beabsichtigten.

Dresden und Budissin, im December 1840.

Die Verfasser.

Inhaltsverzeichniß.

I. Wie verhalten sich Retentionsrecht und Caution zum Arrest, und bewirken sie, wie dieser, einen speciellen Gerichtsstand? . . . . . Seite 1.

Inwiefern begründete nach gemeinem Rechte der Arrest ein forum für die Hauptsache? (S. 1). — Sächsisches Recht (S. 2—3). — Nach letzterem ist der Arrestschlag zur Sicherung des Streitgegenstandes ebenso statthaft, wie zur Erhaltung eines Executionsobjects im Allgemeinen (S. 3 u. 4). — Der Kläger hat die Wahl, ob er den Beklagten in foro arresti, oder vor dem Gerichtsstande der Hauptsache belangen will (S. 4). — Ist das jus retentionis als ein arrestum lege constitutum zu betrachten? — Wie unterscheiden sich Retentionsrecht und Arrest, und worin gleichen sie einander? (S. 5—7). — David Mevius (S. 7 u. 8). — Ein Rechtsfall nebst den Entscheidungen dreier Instanzen (S. 8—10). Gründe, aus welchen eine analoge Uebertragung der Grundsätze vom Arrest auf das Retentionsrecht nicht als unbedingt zulässig erscheint (S. 10 u. 11). — Ist die Cautionsbestellung als ein arrestum conventionale zu betrachten? (S. 11—13). — Ist das forum arresti für erloschen anzusehen, wenn der Arrest auf Grund einer vom Schuldner gewährten idonea cautio relaxirt worden ist? (S. 13 u. 14).

II. Zu der Lehre von den Erbverträgen . . . Seite 15.

Ist der Erbeinsetzungsvertrag als Delation oder, gleich wie Testament und Gesetz, nur als Delationsgrund anzusehen, und transmittirt mithin der Vertragserbe sein Recht auf den einstigen Nachlaß des Vertragserblassers auch dann auf seine Erben, wenn er vor dem Letzteren verstirbt? (S. 15). — Verhältniß der Erbverträge zu den Vergabungen von Todeswegen (S. 25). — Die Anwendbarkeit des Römischen Rechts in dieser Lehre (S. 26). — Der Vertragserbe hat kein Anrecht auf das Vermögen des Erblassers bei dessen Leben. Der Satz: Der Vertrag ist gleich Testament und Gesetz Delationsgrund, steht mit der Unwiderruflichkeit des Vertrags nicht in Widerspruche (S. 27). Es liegt nicht im Begriffe des Erbvertrags, daß der Erbe auf das Deliberationsrecht verzichte und also zum Antritte der Ver-

tragserbschaft gezwungen werden könne (S. 30). Ueber den Satz: non adita hereditas etc., nach Sächsischem Rechte (S. 31). — Das Accrescenzrecht fällt bei der Succession in die Vertragserbschaft weg (S. 36). — Inwieweit können die Rechte der Notherben durch einen Erbvertrag ausgeschlossen werden, insbesondere im Falle eines mit dem Notherben abgeschlossenen Einsetzungs- oder Verzichtsvertrags und einer dabei später eintretenden Vermehrung oder Verminderung des Vermögens des Vertragserblassers (S. 38). — Nach der C. El. 25. P. II. gehört zur Giltigkeit des Verzichts der ausgesteuerten Tochter auf die Erbschaft des Vaters eidliche Bestärkung (S. 44). — Heutige Anwendbarkeit dieser Constitution (S. 49). — Wird der Notherbe durch seinen Verzicht auch bei der reinen Intestaterbfolge in des Erblassers Vermögen ausgeschlossen? (S. 50). (Erbfolgegesetz. § 76 fgg.) — Sind die Descendenten des gegen ein Aequivalent oder pure verzichtleistenden Notherben oder des Vertragserben, dessen legitima, sei es schon zur Zeit des Vertrags, sei es zur Zeit des Todes des Erblassers, durch den Vertrag als verletzt erscheint, an diesen Erbvertrag gebunden, wenn der Notherbe vor dem Erblasser stirbt? (S. 52). — Wie verhalten sich Erbvertrag und Schenkung auf den Todesfall gegen einander? (S. 55).

III. Ueber die bona fides bei der erwerbenden Verjährung von Dienstbarkeiten . . . . . Seite 58.

Ueber das gegenseitige Verhältniß des justus titulus und der bona fides (S. 58). — Die conditio usucapiendi wird festgestellt (S. 59). — Die zu ihrer Begründung und Fortsetzung erforderlichen Besitzhandlungen müssen durch die bona fides gerechtfertigt werden (S. 60). — Der Glaube des Erblassers geht auf den Erben nicht über, wohl aber die causa possessionis (S. 61). — Begriff der b. f. bei der Exstinctivverjährung (S. 62). — Das Requisit der b. f. und deren Feststellung bei der erwerbenden Verjährung der Servituten (S. 62). — Sie wird nicht durch fehlerfreie Ausübung ersetzt, noch genügt die Absicht, eine Servitut auszuüben, oder die Voraussetzung, daß der Eigenthümer des (künftig) leidenden Grundstücks gegen die Ausübung nichts einwenden werde (S. 64). — Ueber die Natur der hier erforderlichen Besitzhandlungen und deren Rechtfertigung durch die b. f.; jede derselben muß b. f. vorgenommen worden sein (S. 66). — Der Erbe wird hier durch die m. f. des Erblassers an sich nicht gehindert, eine Verjährung zu beginnen (S. 68). — Usucapio libertatis (S. 69). — Das Canonische Recht. Dessen Ansichten von der bona fides (S. 70). — Es läßt sich nicht behaupten, daß durch dasselbe der Grundsatz: causa possessionis durat, aufgehoben worden sei, (dagegen Erk. des AGs. „. Dresden), derselbe ist nur modificirt und bestimmt worden, wie diese causa sich gestalte und äußere. Der Erbe

kann das auf ihn übergegangene Rechtsverhältniß nicht ändern oder durch seine Unkenntniß von dessen Unredlichkeit für sich anziehen (S. 71). — In Betreff der Servitutenverjährung gilt die für das Römische Recht gewonnene Regel (S. 72). — Das Sächsische Recht. Es bedarf bei der Servitutenverjährung, so wie bei der Eigenthumsverjährung v. 31. J. 6. W. 32. keines Titels (Dec. 1. 3. 4. v. 1746) (S. 72). — Ansichten der Practiker über die b. f. bei der ersteren Verjährung (Const. 3. 40. P. II.), b. f. und zwar fortdauernde ist als Requisit anzusehen (S. 73). — Die Sätze des gemeinen Rechts kommen auch in Sachsen unbedingt zur Anwendung (S. 77); (§ 19. Anh. d. E. P. O.) nähere Feststellung; Präsumtion der bona fides und Beweis dessen, der eine Servitut behauptet (S. 78).

IV. Streitet für die geschehene Illation eines Parapherni die Präsumtion . . . . . Seite 80.

Daraus, daß Etwas nicht zu vermuthen ist, folgt nicht, daß das Gegentheil davon zu vermuthen sei (S. 80). — Anwendung dieses Satzes auf einzelne Fälle, insonderheit auf obige Frage (S. 80 und 81). — Beantwortung dieser Frage in einem Erkenntnisse des Königl. Sächs. Ober-Appellationsgerichts (S. 82). — Stimmen die daselbst aufgestellten Gründe mit dem nurgedachten Principe überein? (S. 82 und 83)

V. Beitrag zu der Lehre von den Wetten . . . Seite 84.

Die Wetten erzeugen nur dann keine civilis obligatio, wenn sie bei und über unerlaubte Spiele contrahirt werden (Sächs. Weichb. R. 101. Const. ined. XLII. Pol. Ord. v. 22. Juni 1661. Tit. 8. Mand. v. 20. Decbr. 1766) und sind nicht unbedingt den Spielen gleichzustellen. Der Richter ist bei Ermäßigung der hohen Spiel- und Wettsummen nicht mehr an die Sätze der Pol. O. gebunden (S. 84). — Es ist zum Begriffe der Wette erforderlich, daß die Streitenden sich gegenseitig zu einer Buße verpflichten, die Derjenige dem Anderen geben soll, dessen Meinung sich als die unrichtige zeigen wird (S. 88). — (Entscheidungen der Juristenfacultät und des Appellationsgerichts im entgegengesetzten Sinne.)

VI. Zur Erläuterung der Dec. 36. v. 1746 . . Seite 93.

Entwickelung der Grundsätze über die vom Vater oder von der Mutter ihren Kindern zu reichende Alimentation und gegebene Unterstützungen und deren Condiction betr. (S. 93). Zu den Alimenten gehört nicht die Bezahlung von Schulden und Criminalkosten; aus welchem Peculium ꝛc. sind sie zu decken? Die Decision hat das gemeine Recht nicht beschränkt (S. 95). — Die subsidiäre Verbindlichkeit des Vaters giebt

ihm keine exc. excussionis gegen eine Klage auf Bezahlung solcher Kosten, vielmehr bezieht sie sich nur auf die Verhältnisse zwischen dem Vater und dem Sohne (S. 96). (Erk. des A.Gs. zu Dresden.)

VII. Zur Lehre von den Inhibitionen . . . Seite 100.

Ueber die Pflicht des Richters in Betreff der bei ihm angebrachten Inhibitionsgesuche (S. 101). — Das Recht, welches der Inhibent durch die Inhibition erlangt, erstreckt sich nur auf das Forderungsrecht des Principalschuldners und legt dem Schuldner desselben in Bezug auf dasselbe einige Beschränkungen auf; keineswegs wird der Inhibitus aber, wenn zugleich jene Forderung hypothekarisch auf seinem Grundstücke haftet, durch die Inhibition in der Gebahrung über dasselbe gehindert (S. 102). — Der Richter ist (caeteris paribus) nicht berechtigt, einem Veräußerungsvertrage über dasselbe seine Genehmigung zu versagen oder die gebetene Cassation der Hypothek zu verweigern, oder den Besitznachfolgern, auf welche die inhibirte Forderung passive mit übergegangen ist, die Bezahlung derselben gleichfalls zu untersagen (S. 103) (Entscheidungen der A. G. zu Dresden, Leipzig und des O. A. Gs.), dagegen verpflichtet, eine ihm von dem Principalschuldner vorgetragene Cession der inhibirten Forderung nicht zu genehmigen (S. 106). — Ist der Inhibitus, wenn zufällig die inhibirte Forderung mit einer Hypothek versehen ist, verpflichtet, bei Veräußerung des verpfändeten Grundstücks den Besitznachfolger, der jene Forderung mit übernommen, von der ausgebrachten Inhibition in Kenntniß zu setzen, und ist dieser verpflichtet, diese Inhibition nunmehr gleichfalls zu respectiren? — Beides wird verneint. (Dagegen Entscheidungen der Facultät, des A. Gs. zu Dresden, des O. A. Gs.) (S. 107). — Der Inhibitus steht zu dem Inhibenten in keinem Vertragsverhältnisse, noch tritt der Letztere an die Stelle seines Schuldners, als Forderungsinhabers, so wie das richterliche Präcept sich nur auf das Verbot der Zahlung bezieht und der Besitznachfolger nicht in die Verpflichtung, dasselbe zu respectiren, succedirt (S. 112).

VIII. Zur Erklärung der Const. El. 25. P. I. Inwieweit ist der Richter verpflichtet, die aus den Acten sich liquid ergebende Einrede der Verjährung ex officio zu attendiren? . . . . . Seite 118.

Ansichten der Consultationen, der Rechtslehrer, der Facultät, des A. Gs. zu Dresden und des O. A. Gs. (S. 118). — Der Richter ist unbedingt hierzu verpflichtet, keineswegs blos befugt, unter der Voraussetzung, daß alle zu ihrer Existenz und Vollendung nothwendigen Data, so weit deren Beweis dem Verjährenden obliegt, sich liquid aus den Acten ergeben (S. 119). — Eine Sentenz, bei welcher der Richter dieses übersehen, erlangt keine Rechtskraft (S. 123).

IX. Beitrag zu der Lehre von dem Rechte des Vermiethers an den inferirten Sachen seines Miethsmannes . Seite 124.

Römisches Recht. Der Locator erhält dadurch, daß der Conductor die Sachen in des Ersteren Haus inferirt hat, noch keinen Besitz an denselben (S. 125). — Wenn gelangt der Locator in den Besitz derselben? (S. 128). — Derselbe ist berechtigt, sich eigenmächtig diesen Besitz zu verschaffen, und erhält dadurch einen Pfandbesitz an denselben, der von dem Besitze des retinirenden Gläubigers wesentlich verschieden ist (S. 129). — Die hypothekarische Klage bezieht sich auch auf die wieder exportirten und veräußerten Illata (S. 133). — Ueber das amtliche Versiegeln der Illata. Der Umfang, die Wirksamkeit und der Anfang dieser Hypothek wird festgestellt (S. 134). — Sächs. Recht. E. P. O. ad T. XLV. § 4. Ueber den rechtlichen Charakter des hier dem Vermiether gegebenen Retentionsrechts und die hier erforderlich werdende Fiction (S. 137). — Ueber die Bedeutung der Worte: „loco pignoris", welche hier eine größere Befugniß bezeichnen, als sonst hierunter verstanden werden kann (S. 141). — Locirung mehrerer Miethszinsforderungen verschiedener Vermiether (S. 142). — Der Vermiether hat die auf den inferirten Sachen haftenden und bis zur Geltendmachung des ersteren, auch während der Miethszeit entstandenen Pfandrechte anzuerkennen und kann die Execution in die Mobilien auf Antrag eines anderen Gläubigers nicht durch das Berufen auf sein Recht verhindern, obgleich dasselbe bei gehöriger Anmeldung bei der Vertheilung des Erlöses zu respectiren ist (S. 143). — Die Rechtsmittel eines Faustpfandgläubigers auf Schätzung und Wiederherstellung des Pfandbesitzes und das Veräußerungsrecht stehen dem Locator nicht zu (S. 146). — Ueber das, allerdings nur beschränkte Recht des Locators, der Exportation zu widersprechen (Erk. des A. Gs. zu Leipzig) (S. 146). — Ueber das Retentionsrecht dessen, der dem Anderen den Gebrauch einer Wohnung unentgeltlich überlassen (S. 148). — Der Locator hat das den Pfandgläubigern wegen chirographischer Forderungen zustehende Retentionsrecht nicht (S. 149). — Ueber die Cession der a. locati und des Retentionsrechts (S. 150). — Der Verpachter eines praedii rustici hat dasselbe nicht (S. 152). — (Entscheidungen des A. Gs. zu Dresden und des O. A. Gs.) (S. 152).

X. Ueber das Recht des Auszüglers, seine erwachsenen Kinder in seine abgesonderte Abzugswohnung mit aufzunehmen . . . . . Seite 158.

Zu der Decision 14. u. 16. des O. A. Gs. vom 20. J. 1839. — Entscheidungen der Facultät, des A. Gs. zu Dresden und des O. A. Gs.

XI. Erörterung einiger auf Artikel 241. und 242. des Königl. Sächsischen Criminalgesetzbuchs Bezug habender Controversen . . . . . Seite 163.

Bei dem Verbrechen der Veruntraung und der widerrechtlichen Vorenthaltung des Gefundenen wird, wie bei jedem anderen Verbrechen, eine in verbrecherischer Absicht unternommene Thathandlung erfordert (§ 1. S. 163 u. 164). — Ein Rechtsfall (§ 2. S. 164—166). — Welche Erfordernisse müssen vorhanden sein, um auf eine rechtswidrige Aneignung der fremden Sache von Seiten des Detentors derselben einen begründeten Schluß zu ziehen? (§ 3.). — Wer ist als laesus zu betrachten, wenn die unterschlagene Sache nicht von dem Eigenthümer selbst, sondern von einem Dritten, welcher sie detinirte, dem interversor übergeben worden ist (S. 167, not. 8). — Ist die Verpfändung — Versetzung — einer fremden Sache als Veruntrauung zu betrachten? (S. 169 u. 170). — Ist Veruntrauung zu statuiren, wenn der Detentor die ihm anvertraute Sache aus Bosheit oder Muthwillen vernichtet? (§ 4.). — Ist das Requisit der gewinnsüchtigen Absicht vom Begriffe des Diebstahls auf den der Veruntrauung überzutragen? (§ 5.). — Ist in dem Falle, wenn derjenige, welcher eine ihm anvertraute Sache sich widerrechtlicher Weise zueignet, erweislich die Absicht gehabt hat, Ersatz zu leisten, das Verbrechen der Veruntrauung zu statuiren? (§ 6.).

Anhang.

I. (Entscheidungen der Facultät, der App. Gerichte zu Dresden und Budissin und des O. A. Gs.). Inwieweit kann eine gegen einen Unmündigen gerichtete Klage gegen dessen Altersvormund, der noch nicht bestätigt worden, und gegen einen Theilungsvormund erhoben werden? (S. 185). — Das Befugniß steht jeder Spruchbehörde zu, darüber zu cognosciren, ob ein einem erhobenen Anspruche entgegengestelltes richterliches Decret als eine rechtskräftige richterliche Sentenz anzusehen sei (S. 190). — Eine richterliche Resolution kann niemals auf die Kraft eines instar legis zu betrachtenden Richterspruchs Anspruch machen (S. 192). — Dieser Satz gilt auch im Canonischen Rechte (S. 193). — Ein in vim publicati zugefertigtes Decret geht nicht in Rechtskraft über (S. 193). — Ein Katholik ist nicht verhindert, sich mit einer Protestantin, deren (einem P., dessen) frühere Ehe annullirt worden, bei Lebzeiten des früheren Ehegatten zu verehelichen, selbst wenn die von der protestantischen Behörde ausgesprochene Annullation auf einem von dem Canonischen Rechte nicht anerkannten Annullationsgrunde beruht (S. 197). — Erklärung des Erbfolgegesetzes vom 31. Jan.

1829. § 85. 88. 91 fgg. (S. 201). — Ist das Anführen des einen Ehegatten, daß ihn der andere über seine Vermögensverhältnisse absichtlich getäuscht habe, ein Annullationsgrund? (S. 203).

II. Ueber die Verbindlichkeit eines Richters, welcher fahrlässigerweise eine, wahrheitswidrige Angaben enthaltende Cessionsurkunde confirmirte und Consens in Translation der Hypothek ertheilte, dem Cessionar den diesem dadurch erwachsenden Schaden zu ersetzen. Entscheidungen der Facultät, des A. Gs. zu Dresden und des O. A. Gs. (S. 206).

III. Ist bei indossirten eigenen Wechseln die Anstellung der Wechselklage gegen die Aussteller von denselben Voraussetzungen abhängig, welche bei Klagen gegen die Ausgeber von Tratten und gegen die Indossanten von Wechseln beider Art zu berücksichtigen sind? Entscheidungen der Juristenfacultät, des A. Gs. zu Leipzig und des O. A. Gs. (S. 233).

IV. Erläuterung der Ordonnanz vom 19. Juli 1818. § 304. — Bezieht sich die Regel: Agere non valenti non currit praescriptio, auch auf den Fall rechtlicher Hindernisse, und ist die Exstinctivverjährung als eine poena negligentiae anzusehen? (Entsch. der Facultät, des A. Gs. zu Dresden und des O. A. Gs.) (S. 249).

V. Ist vor Erlassung der Edictalien wegen gerichtlicher Depositen, um sie als bonum vacans einzuziehen, in jedem Falle die Frist von 44 Jahren abzuwarten, oder reicht dann, wenn ein gerichtliches Depositum einer Person erweislichermaßen zugehört hat, gegen welche eine kürzere als die für die milden Stiftungen in der const. 5. P. II. bestimmte, einschließlich der Restitutionsfrist, 44 Jahre betragende Verjährungsfrist eintritt, schon der Ablauf einer kürzeren Zeit aus? (A. Ger. zu Dresden) (S. 263).

VI. Ueber die subsidiäre Verbindlichkeit der Großältern väterlicher Seite, zum Unterhalte eines außer der Ehe erzeugten Kindes beizutragen. — Dec. 28. von 1746. Mandat v. 28. Novbr. 1828. § 6. — Wie muß eine, diese Verbindlichkeit geltend machende Klage fundirt werden? Wann tritt diese Verbindlichkeit ein? (Entsch. der Facultät, des A. Gs. zu Dresden und des O. A. Gs.) (S. 266).

VII. Ueber die Frage, ob der in Folge der clausula cassatoria geschehene Widerruf des einem Anderen an einer Sache übertragenen Eigenthums das Letztere ex nunc oder ex tunc auflöst? (A. G. zu Budissin, O. A. G.) (S. 273).

VIII. Ueber die Erfordernisse einer Klage auf Ersatz des durch einen Fehler des Sachwalters seiner Partei zugezogenen Schadens. — Ist der Richter verpflichtet, die aus den Acten sich liquid ergebende Einrede der Verjährung ex officio zu attendiren? (Facultät, A. G. zu Dresden, O. A. G.) (S. 278).

IX. Ueber die Location hypothekarischer Capitalien im Concurse (Vormal. A. G.) (S. 284).

X. Ueber die Production der Handelsbücher als Beweisdocument und deren Beweiskraft (A. G. zu Dresden.) (S. 289).
XI. Streitet dafür, daß ein Kind lebend zur Welt gekommen, die Präsumtion? — Kann die für die Legitimität eines innerhalb des gesetzlichen Nativitätstermins geborenen Kindes streitende Vermuthung durch die Beschaffenheit des Kindes widerlegt werden? (A. G. zu Dresden, O. A. G.) (S. 295).
XII. Ueber hereditatis partitio legata s. fideicommissa (Facultät.) (S. 303).
XIII. Zur Eingehung eines compromissi in arbitrum bedarf es weder eines Eides, noch der Feststellung einer Conventionalstrafe, sondern es genügt die einfache Erklärung der Parteien (Vormal. A. G.) (S. 309).
XIV. Ueber den Gebrauch des remedii ex l. 2. Cod. de rescind. vend. in Bezug auf Vergleiche. Const. El. 34. P. II. (O. A. G.) (S. 312).
XV. Ueber die Klagen auf Erfüllung von Verbindlichkeiten, welche von unbestätigten Actienvereinen durch deren Directoren oder andere Mitglieder contrahirt worden sind (Facultät, A. G. zu Zwickau, O. A. G.) (S. 317).
XVI. Auszug aus mehreren Verordnungen des hohen Justizministerii. 1) Welche Behörde hat zu erkennen, wenn nachträglich auf den Grund geleisteten Ersatzes auf ein anderweites Erkenntniß provocirt worden ist, oder wenn ein Inculpat die ihm nachgelassene Unschuldsausführung unternimmt oder sonst, nach Submission des Inculpaten, über neue Thatsachen oder Beweismittel zu entscheiden ist. 2) Kann ein Stadtgericht in den vom Stadtrathe desselben Orts bei ihm anhängig gemachten Rechtssachen selbst die Entscheidung fällen? 3) Inwiefern ist dem Antrage ausländischer Behörden um Einziehung von Stempelstrafen von Sächsischen Unterthanen Statt zu geben? 4) In welchem Forum ist die Ueberlassung des Nachlasses an die Wittwe zu bewirken, wenn dieselbe sich erboten hat, den ihr und den Kindern des Verstorbenen gemeinschaftlich angefallenen Nachlaß zur alleinigen activen und passiven Vertretung zu übernehmen? 5) Hat die Proceßbehörde dem Sachwalter eines geschworenen Armen seine Verläge auch dann zu erstatten, wenn das Gericht den Sachwalter nicht selbst zugeordnet hat? (S. 322).
XVII. Ueber die Verbindlichkeit, documenta aliena zu recognosciren, und die Beweiskraft von documentis pro scribente scriptis, so wie über die Verbindlichkeit zur Edition von Quittungen (A. Ger. zu Leipzig.) (S. 327).
XVIII. Ist derjenige, welcher in dem Lande, zu dessen Unterthanenverbande er gehört, gesetzlicher Maßen pro prodigo erklärt worden ist, auch im Auslande als prodigus zu betrachten? — Unter welchen Voraussetzungen gehen Entscheidungsgründe in Rechtskraft über? — (A. G. zu Dresden.) (S. 331).
XIX. Der Verkäufer muß für diejenigen Eigenschaften stehen, die er an der verkauften Sache gerühmt hat, und es kommt nicht weiter darauf an, ob er dolose gehandelt und solche Angaben wider besseres Wissen gemacht hat oder nicht (A. G. zu Dresden, O. A. G.) (S. 336).
XX. Wenn zu des Hauptschuldners Vermögen der Concurs eröffnet worden ist, so ist derselbe pro excusso zu achten, und es kann daher jedenfalls der Bürge sofort in Anspruch genommen werden (O. A. G.) (S. 341).

I.

Wie verhalten sich Retentionsrecht und Caution zum Arrest, und bewirken sie, wie dieser, einen speciellen Gerichtsstand?

Daß die Erörterung über Zulassung, Rechtsbeständigkeit, oder Wiederaufhebung eines Arrestes, wie ihn das gemeine Recht kennt, und die dießfallsige gesammte Cognition vor denjenigen Richter gehört, welcher den Arrest verfügt hat, darüber war man von jeher einverstanden. Dagegen ist die Frage, ob durch den Arrest auch die Cognition über denjenigen Anspruch selbst, zu dessen Sicherstellung der Arrest gesucht ward, (über die causa principalis) für den Arrestrichter fundirt werde, immer sehr bestritten gewesen [1]).

---

1) Zum Beweise dafür, daß der Arrest kein forum für die Hauptsache begründe, berief man sich auf das, schon zur Zeit des Reichsverbandes allen deutschen Staaten gegen einander zustehende sogenannte jus de non evocando.

Reichsabschied von 1512 § 13. R. C. G. O. v. 1555. P. II. T. I. § 1.

und das in den Reichsgesetzen enthaltene Verbot der Arreste im Allgemeinen, so wie darauf, daß, wenn auch dieses generelle Verbot einige Ausnahmen leide, dennoch solche nur unter der Voraussetzung stattfänden, daß die Arrestanlegung durch einen Richter geschehen sei, der außerdem schon eine, sei es allgemeine, oder auf einem speciellen Grunde beruhende Gerichtsbarkeit über den Beklagten hatte.

R. A. v. 1594. § 82.

Nur in Beziehung auf Flüchtige und der Flucht Verdächtige hielt man durch den Arrestschlag auch den Gerichtsstand für die Hauptsache begründet,

v. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen, Bd. IV. S. 208.

Martin, Lehrbuch des Proz. § 229. u. not. k. 16. ed. 6.

Danz, summar. Proz. § 56.

Mevius, P. VII. dec. 85. 234. und zwar um deßwillen, weil, wie Mevius, tract. de arrestis cap. XII. § 19. p. 114. bemerkt, dergleichen

In Sachsen hat jedoch diese Streitfrage durch das Gesetz, die Entscheidung einiger zweifelhaften Rechtsfragen betreffend, vom 26. October 1834 ihre Erledigung gefunden. Dieses Gesetz enthält nämlich unter Nro. VI. die ausdrückliche Bestimmung: „der Gerichtsstand des Arrestes begründet auch den Gerichtsstand für die Hauptklage."

Die von der hohen Staatsregierung zu dem Entwurfe des nur gedachten Gesetzes den Ständen vorgelegten Motiven besagen in Betreff des in Rede stehenden Gegenstandes Folgendes [2]):

In der älteren Sächs. Prozeßordnung **Tit. LI. § I.** ist zwischen dem Arreste des gemeinen Rechts, welcher zur Sicherung der Ausführung eines Anspruchs angelegt wird, und dem dem Sächsischen Rechte eigenthümlichen Arreste, wodurch ein dingliches Recht an den mit Arrest belegten Gütern erlangt wird, ausdrücklich unterschieden, und in Beziehung auf den ersteren, in Uebereinstimmung mit mehreren früheren Reichsgesetzen verordnet, daß in Fällen, wo ein solcher Arrest verstattet wird, man denselben wiederum relaxiren und eröffnen soll, wenn der, wider welchen er erhalten, des Klägers Zusprüche halber genugsame Caution und Versicherung machen würde. Unter Berücksichtigung dieser gesetzlichen Vorschriften haben die angesehensten älteren Sächsischen Rechtslehrer den Gerichtsstand, bei welchem der Arrest angelegt worden, auch als competenten Gerichtsstand für die Hauptsache anerkannt.

Wernher, Obs. for. P. III. obs. 199.
Berger, Oec. Jur. lib. IV. Tit. IV. th. 2. not. 8.
Hommel, Obs. 584. no. 15.

In neuerer Zeit ist von einigen Rechtscollegien die Zulässigkeit des Gerichtsstandes des Arrestes für die Hauptklage nicht angenommen und behauptet worden, daß durch die in der erläuterten Prozeßordnung ad **Tit. 48. u. 51.** erfolgte Auf-

---

Leute aller Orten dingpflichtig seien; cf. Krüll, Prüf. einz. Theile des bürgerlichen Rechts § 19. 25—29. Heffter, Institit. S. 431. Auch hielt man eintretenden Falles die Ergreifung von Retorsionsmaßregeln hierunter für zulässig.

2) Landtags-Acten vom J. $18\frac{33}{34}$, 1ste Abth. 3ter Band. S. 490 fg. zu VI.

hebung des durch angelegten Arrest begründeten dinglichen Rechts auch ein Gerichtsstand des Arrests gänzlich unzulässig geworden sei [3]). Es haben aber andere Behörden und namentlich das Appellationsgericht dagegen angeführt, daß durch die erläuterte Prozeßordnung nur die Wirkungen des Sächsischen Arrestes, nicht aber die des Arrests des gemeinen Rechts aufgehoben worden, und dießhalb fortwährend die Anstellung der Hauptklage vor dem Gerichtsstande des Arrests zugelassen. Es scheint auch diese Meinung theils in Hinsicht auf die vorhandenen gesetzlichen Vorschriften, theils aus politischen Gründen den Vorzug zu verdienen, um nicht den Gläubiger in die Nothwendigkeit zu versetzen, bei dem Vorhandensein eines bereits in Beschlag genommenen Executionsobjects den Schuldner erst an einem entlegenen Orte auskla-gen zu müssen.

Nach den Schlußworten dieser Motiven scheint man bei Erörterung obiger Rechtsfrage den Arrest hauptsächlich insofern in's Auge gefaßt zu haben, als durch denselben dem Gläubiger ein Executionsobject erhalten werden soll. Inwiefern der Zweck desselben auch auf Sicherstellung des Streitgegenstandes gerichtet sein kann, scheint hierbei nicht in Berücksichtigung gelangt zu sein [4]). Da indeß die Bestimmung des Gesetzes,

---

3) Zu dieser Ansicht bekannte sich namentlich die vormalige k. Sächs. Landesregierung in einem Vortrage vom 11. April 1828, die Verwendung der königl. Preuß. Gesandtschaft für Vollziehung der gegen Sächs. Unterthanen gesprochenen Urtheile betreffend.

4) Daß aber der Arrestanschlag ebenso in dem Falle statthaft ist, wenn eine bestimmte streitige Sache gesichert werden soll, als, wenn es sich um Erhaltung eines Executionsobjectes im Allgemeinen handelt, ist außer Zweifel; vergl. von Langenn und Kori, Erörterungen pract. Rechtsfragen, Th. II. Abh. XIX. S. 180 fg. u. 192 2. Ausg. Gottschalk, praetermissa de praeceptis de non solvendo, Cap. I. p. 4. sq. Dresdae, 1831. Diese Ansicht findet sich auch ausgesprochen in einem Erkenntnisse des Königl. Sächs. hohen Oberappellationsgerichts vom Jahre 1839 in der Zeitschrift für Rechtspfl. und Verwaltung 3. Band, 3. Heft, 1. Präjudiz, Seite 258. Auch blieb das gedachte Collegium diesem Grundsatze in einem im Jahre 1840 in Sachen Christianen Eleonoren v. L..... g. Christian August v.

daß der Gerichtsstand des Arrestes auch den Gerichtsstand für die Hauptklage begründe, ganz generell ist, so kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß das forum arresti speciale statthaft ist, die causa arresti mag sein, welche sie wolle.

Ebenso erscheint es auch unbestreitbar, daß durch Begründung des forum arresti dem Kläger das Recht nicht entzogen wird nach seiner Wahl den Beklagten auch vor dessen persönlichem Richter zu belangen. Abweichender Ansicht ist Mevius, tract. de arr. cap. XV. § 15 sq. p. 127, welcher, jedoch nicht ohne Zulassung von Ausnahmen, durch die Arrestverhängung für den Beklagten die Ausflucht der Litispendenz begründet glaubt, wobei er sich, unter Bezugnahme auf einige Stellen des Römischen Rechts (l. 30. D. de judiciis. 5. 1. und l. 21. § 6. D. quod met. caus. gest. 4. 2.) darauf stützt, daß ein Rechtsstreit vor demjenigen Gerichte zu beendigen sei, vor welchem er begonnen. Dem steht jedoch entgegen, daß der Arrest überhaupt noch gar keinen Rechtsstreit involvirt, da derselbe lediglich Sicherstellung der Forderung beabsichtigt, keineswegs aber deren rechtliche Verfolgung einleitet, weßhalb er auch keine Unterbrechung der Verjährung bewirkt [5]).

L..... gefällten Erkenntnisse getreu, wozu die Entscheidungsgründe wörtlich also lauten:

„Die Inhibition, welche Klägerin ausgebracht hat, bezieht sich auf ein genau bestimmtes Streitobject, nämlich auf diejenigen Wechselcapitalien, welche Beklagter im M....schen Schuldenwesen angemeldet, Klägerin aber als Eigenthum in Anspruch genommen und deren Abtretung sie gegenwärtig von Beklagtem gefordert hat. Es ist mithin ein Realarrest, welcher von einem Personalanspruche auf einen bestimmten Streitgegenstand ausgeht, vorhanden, wozu es auslangt, daß solcher durch die in den mit Lit. L. Nr. 213. bezeichneten Acten enthaltenen Zugeständnisse des Beklagten einigermaßen bescheinigt worden ist. Einer Nachweisung des Abfalles der Nahrung des Beklagten bedarf es sonach eben so wenig als des Umstandes, daß die Wechselcapitalien res litigiosa zwischen Klägerin und Beklagtem sind, da ein Personalanspruch auf ein bestimmtes, als Eigenthum der Klägerin bezeichnetes Object vorliegt und Klägerin erwähnte Wechsel nicht vindicirt, sondern deren Abtretung Seiten des Beklagten fordert."

5) Die Unterbrechung der Klagenverjährung wird nach Sächs. Rechte nur durch Insinuation der Ladung auf die Klage, oder doch ein sonstiges, die Erlangung der Be-

Begründet aber der Arrest wenigstens wahlweise den Gerichtsstand für die Hauptsache, so ist die Frage nicht unwichtig, ob nicht wegen Gleichheit des Grundes dasselbe auch von anderen Rechtsverhältnissen anzunehmen sei, welche mit dem Arreste gleichen Zweck und gleiche Wirkung haben. Diese Frage bezieht sich hauptsächlich auf das Retentionsrecht und die Caution [6]).

Was zuerst das Retentionsrecht anlangt, so soll zwar hier keineswegs dasjenige in Zweifel gestellt werden, was ältere und neuere Rechtslehrer über den Unterschied zwischen Retentionsrecht und Arrest bemerkt haben, daß z. B. die Zuständigkeit der Arrestverhängung eine Gefahr der Forderung voraussetzt, während das **jus retentionis** auch dann zusteht, wenn keine Gefahr und keine Schwierigkeit, Befriedigung vom Schuldner zu erlangen, für den Gläubiger vorhanden ist; daß das Retentionsrecht an allen retinirten Sachen bis zur völligen Tilgung der Schuld fortdauert, während die Grundsätze des Arrests die Arretirung einer unverhältnißmäßigen Anzahl der Dinge nicht gestatten u. s. w. Es fragt sich blos, ob nicht dann, wenn das Retentionsrecht unter Verhältnissen ausgeübt wird, welche auch den Arrestbeschlag als statthaft erscheinen lassen würden, das Retentionsrecht als ein **arrestum lege constitutum** zu betrachten sei und den speciellen Gerichtsstand des Arrestes begründe [7]). Analysirt man das Wesen des Arrestes einer, und des Reten-

---

friedigung der Forderung bezweckendes rechtliches Vorbringen bewirkt. Erl. Proz. O. ad. tit. V. § 4.; cf. Gottschalk, Disc. for. T. II. cap. 29. p. 353. ed. 2. Kori, Theorie der Verjährung § 154. S. 266.

6) So bringt z. B. Mackeldey, Lehrb. des heut. Röm. Rechts § 184., das Retentionsrecht und die Caution mit dem Arreste in eine Kategorie.

7) In der That unterscheidet auch Mevius (tr. de arr. cap. II. § 1. et. 2 p. 5.), zwischen dem Arreste, welchen der Richter verhängt — arrestum hominis — und demjenigen, welcher privata auctoritate, auf Grund der Gesetze, ausgeübt wird — arrestum legale und definirt demgemäß (l. c. cap. I. § 12. p. 3.) arrestum als: „mandatum legis vel judicis, quo ex justa causa prohibetur persona extra jurisdictionem judicis arrestantis secedere vel res quascunque inde dimovere donec rationi impositionis satisfactum fuerit."

tionsrechts anderer Seits, so könnte man sich vielleicht zu einer Bejahung dieser Frage versucht fühlen. Durch die Arrestverfügung verbietet der Richter dem Inhaber der dem Schuldner gehörigen Sache die Herausgabe derselben so lange, bis der Gläubiger — der Ausbringer des Arrests — befriedigt ist. Er gewährt dem Gläubiger, wenn dieser selbst der Inhaber der arrestirten Sache ist, und der Richter kein Bedenken hat, dieselbe in seinen Händen zu lassen, das Recht, die Sache bis zur erlangten Befriedigung zurückzubehalten [8]). Das nämliche Befugniß aber steht auf Grund der Gesetze dem Retentionsberechtigten zu. Auch kommen beide Rechtsbehelfe, der Arrest und das Retentionsrecht, darin überein, daß sie dem Gläubiger kein unmittelbares Befriedigungsmittel, wie z. B. das Pfandrecht, gewähren, sondern lediglich dazu dienen, die Forderung desselben sicher zu stellen [9]). Zwar bemerkt Linde [10]), und allerdings sehr richtig, daß die Anwendung von Sicherungsmaßregeln gegen den Schuldner von Seiten einer Privatperson in einem Falle, wo keine richterliche Hülfe zu erlangen gewesen, niemals als Arrestverfügung, sondern nur als Selbsthülfe oder Selbstvertheidigung erscheine. Allein hierbei hat er den Fall einer unerlaubten Selbsthülfe vor Augen. Eine solche aber involvirt das Retentionsrecht nicht, da dasselbe auf Grund der Gesetze und, wenn sich der Retinent dadurch gegen eine von seinem Schuldner auf Herausgabe der retinirten Sache erhobene dingliche Klage mit Erfolg geschützt hat, auch überdieß noch kraft richterlicher Entscheidung ausgeübt wird. Auch scheint

---

8) Der Gläubiger tritt hier in einer doppelten Person auf: einmal als Forderungsberechtigter und zweitens als Besitzer oder vielmehr Inhaber der Sache des Schuldners. In seiner ersteren Eigenschaft verlangt er von dem Richter ein Injunct an ihn, den Gläubiger, qua Besitzer, die Ausantwortung der dem Schuldner gehörigen Sache zu unterlassen. Dieses Gebot wandelt sich jedoch, eben weil er selbst Forderungsberechtigter und Inhaber der Sache zugleich ist, in eine Gestattung, also aus einem praeceptivum in ein permissivum um.

9) Cf. Carl Wilh. Schenck, die Lehre von dem Retentionsrechte § 3 u. 73. Jena 1837. und Carl Luden, das Retentionsrecht § 3. Leipzig 1839.

10) Lehrbuch des deutschen gem. Civilproz. § 348. not. 1, ed. 4.

dafür, daß der Retentionsberechtigte der Vortheile des Arrestes schon an und für sich um des ihm zustehenden jus retentionis willen für theilhaftig zu erachten sei, der Umstand zu sprechen, daß nach gesetzlicher Bestimmung der Arrest aufzuheben ist, wenn der Schuldner zu Deckung des Gläubigers hinreichende Caution leistet, während die Aufhebung des Retentionsrechts keineswegs eine nothwendige Folge der Cautionsbestellung ist. Letzteres scheint daher als stärkeres Recht die Wirkungen des Arrestes mitzuumschließen und demgemäß der Grundsatz: „non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere" [11]) Platz zu greifen. Endlich scheint der Ansicht, daß das Retentionsrecht an und für sich schon den speciellen Gerichtsstand des Arrests begründe, auch David Mevius, ein um die Lehre vom Arrest besonders verdienter Rechtslehrer, das Wort zu reden. Derselbe äußert sich nämlich folgendermaßen [12]): Es komme, sagt er, sehr häufig vor, daß auch Dritte an einem angelegten Arreste Antheil nehmen — adhäriren. Tertia intervenientium species (sind seine Worte) est illorum, qui arresto ex causa debiti adhaerent, dumque suum alii quaerunt, sibi quoque prospicere cupiunt. Id quod frequentissimum est, ut, uno arrestum impetrante, praesertim rerum ad solutionem idonearum, ii, quibus contra arrestatum petitiones sunt, eodem remedio sibi consultum velint. Si vero caetera sint paria, nempe causa ita comparata, ut arresto locus esse queat, nec desit quidquam ex iis requisitis, quorum superior tractatus prolixiorem fecit mentionem, non potest iis desideriis a judice, vel a primo arrestante obsisti." Sodann fährt er fort: Bestritten sei es jedoch, ob derjenige, welcher einem bereits verfügten Arreste adhärire, ein förmliches Arrestgesuch zu stellen habe, oder ob schon die bloße Erklärung der Adhäsion hinreiche, um ihm Antheil an dem Arreste zu verschaffen. Mevius behauptet, es bedürfe hierzu allerdings einer förmlichen impetratio arresti von Seiten des Adhärenten, indem er hier-

---

11) l. 21. 110. pr. l. 113 u. 147. D. de reg. jur. (50. 17.).

12) l. cit. p. 147.

unter Folgendes bemerkt: „Etsi arrestum praetorio pignori assimilari solet, uti saepius jam dictum est, et hujus ea conditio est, quod omnibus creditoribus aliis prodest, ut tamen hoc non contingit ipso jure, sed caeteri creditores aeque opus habent petitione inmissionis solita caeterisque requisitis, sic etiam in arrestis, ut aliis proficiant, necessaria erit solennis impetratio a judice, cujus ea praerequiritur discretio, anne arrestum decernendum sit, nec ne, id quod maxime refert, ne sua interventione aliis molestias morasque creare cuiquam liberum sit." Demzufolge, fährt Mevius fort, hindere die bloße Adhäsion, wenn damit nicht ein förmliches Arrestgesuch verbunden sei, die Aufhebung des bestehenden Arrests nicht, weßhalb auch in einem Falle entschieden worden: der Arrest sei zu relaxiren, weil es an einem hinreichenden Grunde zu dessen Ausbringung fehle und der Adhärent, wenn schon er zu Beantragung des Arrests als hinlänglich fundirt zu betrachten, seiner Seits nicht förmlich Verkümmerung ausgewirkt habe. Unmittelbar nachher fügt er jedoch dem vorstehends Bemerkten folgende Ausnahme bei: „In eo, qui res detinet, seu penes quem arrestantur, aliud sentiendum videtur, quod nempe ob ipsam detentionem non egeat novo arresto, sed sola adhaesione suum consequi valeat." Hiernach spricht Mevius denjenigen, welcher das von einem Anderen mit Beschlag belegte Object detinirt, von der Verbindlichkeit der impetratio arresti frei, indem er vielmehr rücksichtlich desselben die einfache Erklärung der Adhäsion für ausreichend hielt, um auch ihm Antheil an dem Arreste zu verschaffen. Dieser Ansicht ist auch das Königl. Sächs. Oberappellationsgericht in einem Erkenntnisse vom 20. Februar 1838 in Sachen St.....c. H..... beigetreten. Es lag nämlich folgender Fall vor: St., welcher von H. eine Forderung hatte, übte an einer dem H. gehörigen Sache das Retentionsrecht aus. Zwei andere Gläubiger des H. trugen hierauf auf Beschlaglegung dieser Sache an, und das Gericht fügte diesem Antrage durch ein Injunct an St., welches diesem die Herausgabe der Sache untersagte. Dieser, der Besitzinhaber der Sache, erklärte, daß er seiner Seits

dem Arreste adhärire, und klagte nunmehr in foro arresti gegen den H., welcher sich in's Ausland begeben, jedoch einen Generalbevollmächtigten hier zurückgelassen hatte. Dieser letztere setzte der Klage die exceptio fori incompetentis entgegen. Hiergegen führte jedoch der Kläger an, der specielle Gerichtsstand des Arrests sei für ihn eines Theils durch das ihm zustehende Retentionsrecht, anderen Theils aber durch die von ihm erklärte Adhäsion des Arrests begründet. Der Bescheid erster Instanz nun entschied gegen den Kläger, indem er den Gerichtsstand des angelegten Arrests um deßwillen für ausgeschlossen erachtete, weil die mit Arrest belegte Sache nicht der eigentliche Gegenstand des, nur auf die Erfüllung eines Vertrags, nicht aber das Eigenthum oder den Besitz des Arrestobjects selbst abzielenden Rechtsstreites sei, die Competenz des Richters in Ansehung des fori arresti aber theils auf die Frage über Anlegung und Aufhebung des Arrests, theils auf Entscheidung über die den verkümmerten Gegenstand selbst betreffende Hauptklage sich beschränke. Diesen exorbitanten Grundsatz erklärte jedoch das Erkenntniß zweiter Instanz unter dem Bemerken für unrichtig, daß die von dem Richter des angelegten Arrests zu erhebende Hauptklage keineswegs blos eine Vindication oder eine Sicherung des Besitzstandes in Beziehung auf die verkümmerte Sache selbst zum Zwecke haben dürfe. Demungeachtet bestätigte dieses Erkenntniß den Bescheid erster Instanz, und zwar aus dem Grunde, weil Kläger auf einen in Bezug auf die in Rede stehende Sache legal ausgebrachten Arrest sich nicht zu beziehen vermocht habe. Derselbe habe zwar eingewendet, es stehe ihm an der fraglichen Sache ein dem Arrestschlage an Wirksamkeit gleich zu stellendes Retentionsrecht zu, auch glaube er, den Mangel eines eigenen, auf Arrestanlegung gerichteten Antrags durch die Erklärung einer Adhäsion ersetzen zu können. Allein die Attribute des Retentionsrechts seien wesentlich verschieden von denen des Arrestschlags. Nur dem letzteren sei durch Gesetz und Gerichtsbrauch die Wirkung beigelegt, einen eigenen Gerichtsstand für die Hauptklage zu begründen. Da dieß eine Folge eigenthümlicher Art sei, da

sie rücksichtlich der Grundsätze und Gerichtshörigkeit eine Ausnahme von der Regel herbeiführe, da hierdurch der Rechtszustand desjenigen, gegen den der Arrestschlag verfügt sei, insofern, als er nun einem anderen als dem competenten Richter Recht zu leisten sich genöthigt sehe, erschwert werde, so erscheine die analoge Uebertragung der Vortheile, welche der Arrestschlag in Bezug auf Constituirung eines fori dem Ausbringer gewähre, auf denjenigen, welcher blos retinire, unanwendbar und ausgeschlossen. Daß aber die, hier ganz unzulässige Erklärung einer Adhäsion nicht ausreiche, jene Lücke zu ergänzen, bedürfe keiner näheren Erörterung. Dagegen fand sich das Königl. Oberappellationsgericht gerade durch dieses letztere Moment mit Bezugnahme auf die oben aus Mevius mitgetheilten Stellen bewogen, das frühere Erkenntniß zu Gunsten des Klägers abzuändern, und zwar hielt dasselbe diesen Grund für so durchschlagend, daß es die Frage, ob, wenn noch kein Arrest auf Ansuchen eines Anderen angelegt worden, das Retentionsrecht allein den Gerichtsstand des Arrests zu begründen geeignet sei, in dem substraten Falle einer weiteren Erörterung für nicht bedürfend erklärte.

Dürfte es nun allerdings nach Vorstehendem nicht an Momenten fehlen, welche in Bezug auf den durch den Arrestschlag begründeten speciellen Gerichtsstand eine analoge Uebertragung der Grundsätze vom Arreste auf das Retentionsrecht zu rechtfertigen scheinen, so möchte doch der unbedingten Zulassung dieser Analogie Folgendes entgegentreten:

Daß das forum arresti zugleich auch den Gerichtsstand für die Hauptsache begründet, ist eine Sanction, welche eine Ausnahme von der allgemeinen Prozeßregel: „Actor sequitur forum rei" statuirt. Der Grund aber, auf welchem diese singuläre Bestimmung beruht, ist keineswegs in der Wirkung des Arrestschlags, nämlich in dem dadurch bedingten Vorenthaltungsrechte der Sache des Schuldners, sondern vielmehr in der causa arresti zu suchen. Blos diese letztere, nämlich das Vorhandensein eines derjenigen Momente, von denen die Zulässigkeit des Arrests abhängt, konnte den Gesetzgeber bestimmen, einer derartigen Abnormität gesetzliche Sanction zu er-

theilen und dem Arreste den Effect eines speciellen forum für die Hauptsache beizulegen. Soll daher in Bezug auf das forum arresti speciale zwischen Arrest und Retentionsrecht eine Analogie Platz greifen, so ist erforderlich, daß der zur Retention Berechtigte im concreten Falle dem Richter bescheinigt, daß diejenigen Bedingungen vorhanden sind, welche die Anlegung des Arrests voraussetzt. Hat er diesen Nachweis geliefert, der Gegner solchen auch nicht zu elidiren vermocht, — dann allerdings erscheint das forum arresti begründet, auch wenn der Richter den Arrest nicht besonders decretirt haben sollte. Denn zur Zurückhaltung der Sache, worin die eine Wirkung des Arrests besteht, ist der Gläubiger schon Kraft seines Retentionsrechts legitimirt, während die zweite Wirkung des Arrests, nämlich die Begründung des Gerichtsstandes, dadurch als herbeigeführt erscheint, daß dem Richter das Vorhandensein einer causa arresti dargethan worden ist.

Hieraus ergiebt sich auch, daß Mevius nicht ganz Recht hat, wenn er die einfache, mit einer förmlichen impetratio nicht verbundene Erklärung der Adhäsion von Seiten des Detinenten der dem Schuldner gehörigen Sache für hinreichend ansieht, um demselben an dem von einem oder mehreren Anderen daran bereits ausgebrachten Arreste Antheil zu sichern. Denn daraus, daß der Richter rücksichtlich eines Dritten den Arrestbeschlag bereits für rechtlich fundirt erachtet hat, folgt keineswegs mit Nothwendigkeit, daß auch in Betreff des Detinenten causa arresti vorhanden sei. Vielmehr wird letzterer hierüber dem Richter erst den erforderlichen Nachweis zu verschaffen haben. —

Wie sich aber die Frage aufstellen läßt, ob nicht das Retentionsrecht ein arrestum legale involvire, ebenso ließe sich fragen, ob nicht durch Cautionsbestellung ein arrestum conventionale, und mit diesem der Gerichtsstand für die Hauptsache, begründet werde. Diese Frage kann sich natürlicher Weise nicht auf Verbalcautionen, als welche an Wirksamkeit dem Arreste keineswegs äquivaliren, sondern lediglich auf solche Cautionen beziehen, welche, an und für sich betrachtet, dieselbe Sicherheit zu gewähren im Stande sind, wie der Arrest. Hierhin sind namentlich diejenigen Cautionen zu rech-

nen, welche durch verwahrliche Ueberlassung einer Sache bestellt werden. Diese Art der Cautionsbestellung erscheint in der That mit dem Conventional-Arreste als völlig identisch. Denn hier sowohl, als dort, gestattet der Schuldner dem Gläubiger zu seiner Sicherung die Zurückhaltung der Sache so lange, bis die Schuld getilgt worden ist, ohne daß der Gläubiger deßhalb daran ein unmittelbares Realrecht erlangt. Ob aber diese Zurückhaltung arrest- oder cautionsweise gestattet worden, darauf kommt aus dem rechtlichen Gesichtspuncte nichts an, da nicht der Name, welchen die Parteien einem Rechtsgeschäfte geben, sondern der Inhalt desselben über seine Individualität entscheidet. Wäre es daher richtig, wie Mevius anzunehmen scheint [13]), daß das **arrestum conventione constitutum** hinsichtlich seiner Bedingungen und Requisite lediglich durch dasjenige normirt werde, was die Contrahenten festgesetzt haben, so möchte sich nicht bezweifeln lassen, daß in jedem Falle, wo die Contrahenten übereingekommen sind, daß der Gläubiger zu seiner Sicherheit eine Sache des Schuldners bis zur erfolgten Tilgung der Schuld zurückhalten dürfe, ein Arrest und in dessen Folge das **forum arresti**, mit diesem aber der Gerichtsstand für die Hauptsache begründet sei, ohne Unterschied übrigens, ob die Parteien sich hierbei des Ausdrucks Arrest bedient haben, oder nicht. Diese Ansicht greift jedoch zu weit. Zwar läßt sich nicht bestreiten, daß durch Uebereinkunft ein Arrest constituirt werden kann. Allein solches ist nur dann der Fall, wenn durch die Uebereinkunft die Essentialien des Arrests unverletzt erhalten werden. Denn außerdem ist zwar die Uebereinkunft selbst nicht ungiltig, nur bringt dieselbe alsdann keinen Arrest hervor. Unter die Essentialien des Arrests gehört aber jedenfalls der Umstand, daß sich der Schuldner in einem Zustande befindet, welcher den Anspruch des Gläubigers gefährdet. In dieser Gefährdung liegt das eigentliche Element, woraus der Arrest hervorgegangen ist. Soll daher derselbe durch Uebereinkunft entstehen, so ist als ein wesentlicher Bestandtheil der Uebereinkunft erforderlich, daß das Zurückhaltungs-

13) l. cit. cap. II, § 2 u. 3. cap. III, § 14 sq. cap. VI. § 63 sq.

recht des Gläubigers von dem Vorhandensein jenes, seinen Anspruch gefährdenden Zustandes abhängig gemacht wird. Ist dieses aber geschehen und der fragliche Zustand alsdann wirklich eingetreten, so besteht, ohne daß es deßhalb noch einer besonderen richterlichen Verfügung bedarf, der Arrest **ex conventione** und begründet das **forum arresti**, es mag übrigens dem Gläubiger die Innebehaltung der Sache des Schuldners **arresti** oder **cautionis nomine** gestattet worden sein.

Eine andere Frage aber ist die, ob, wenn ein bereits wirklich bestehender Arrest auf Grund einer vom Schuldner erlegten Caution relaxirt worden ist, das **forum arresti** als erloschen zu betrachten sei. Diese Frage ist jedoch unbedingt zu verneinen. Es ist nämlich der doppelte Fall möglich: entweder nimmt der Gläubiger eine ihm vom Schuldner gebotene Caution freiwillig an und gestattet wegen derselben selbst die Aufhebung des Arrests, oder der Richter nöthigt ihn, sich mit einer vom Schuldner gewährten **idonea cautio** zu begnügen, und relaxirt demzufolge den Arrest von richterlichen Amtswegen [14]). Im ersten Falle tritt an die Stelle des vom Richter verfügten Arrests ein

---

14) R. A. v. 1570. § 84. D. A. v. 1600. § 48. Aeltere Sächs. Proz. O. ad Tit. 51. § 1. „In allen den Fällen aber, da solcher (der gemeine) Arrest verstattet wird, soll man denselben wiederum relaxiren und eröffnen, wann der, wider welchen er erhalten, des Klägers Zusprüche halben, genugsame Caution und Versicherung machen würde." Durch diese gesetzliche Bestimmung erledigt sich die Streitfrage, ob sich der Arrestant gefallen lassen müsse, daß der Arrest wider seinen Willen vom Arrestaten durch Cautionbestellung abgelöst werde (cf. Mevius, l. c. Cap. XXV. § 40 sq. p. 187 sq.), eine Frage, die außerdem mit Ant. Faber zu verneinen sein möchte, welcher (in Cod. lib. III. tit. 22. def. 15. num. 5.) sagt: „nunquam durior mea conditio fieri debet ob id solum, quod adversarius meus satisdare paratus sit, nisi quibus casibus jure, aut stylo nostro cautum est, ut satisdatio pro justa praestatione sit." Inzwischen dürfte die eben bemerkte Disposition der Sächs. Prozeßordnung u. der Reichsgesetze wohl lediglich auf den vom Richter auf Antrag des Gläubigers verfügten, nicht aber auf den durch Uebereinkunft begründeten Arrest zu beziehen sein. Denn diese Disposition fundirt sich darauf, daß der Richter, da er wider Willen des Schuldners den Arrest an dessen Sache verhängt, eben deßhalb auch berechtigt erscheint, den Gläubiger zur Annahme eines anderen, gleich wirk-

arrestum conventionale, als welches die Cautionsbestellung, wenn causa arresti vorhanden ist, jederzeit involvirt, und es läßt sich daher an der Fortdauer des durch denselben begründeten Gerichtsstandes um so weniger zweifeln, als Verzichtleistungen niemals vermuthet werden. Im zweiten Falle aber kann das forum arresti schon um deßwillen nicht als erloschen angesehen werden, weil die Gesetze den Gläubiger zur Annahme der Caution unter Relaxation des Arrests nur unter der Voraussetzung nöthigen, daß die Caution dem Gläubiger das Nämliche gewährt, wie der Arrest, woraus zur Genüge hervorgeht, daß durch die Cautionsbestellung dem Gläubiger an seinem jus quaesitum rücksichtlich des forum arresti speciale kein Eintrag geschehen darf [15]). Demzufolge verordnete auch das Königl. Sächs. Oberappellationsgericht in Sachen Georg Samuel H.....s und nunmehr dessen Erben, Impetranten, g. Vincent Heinrich H.....n, Impetraten, unter dem 25. Juni 1840 an das Stadtgericht zu Dresden Folgendes: „Da die wegen der Ansprüche des nunmehr verstorbenen H..... bestellte hypothekarische Caution von 4000 Thlrn. an die Stelle der gegen Vincent Heinrich H..... verfügt gewesenen Inhibition des Reisepasses, als eines Personalarrestes, getreten und gedachter Arrest lediglich mit Rücksicht auf die erfolgte Cautionsbestellung relaxirt worden ist, so muß der letzteren auch hinsichtlich des Gerichtsstandes dieselbe Wirkung beigelegt werden, welche stattfinden würde, wenn die Inhibition selbst nicht aufgehoben worden wäre. Die Bestimmung des Gesetzes vom 26. October 1834 sub VI. findet daher allerdings auf den vorliegenden Fall Anwendung."

---

samen Sicherheitsmittels zu nöthigen. Bei dem arrestum conventionale aber cessirt diese ratio. Ueber die Mittel, wodurch die Leistung genugsamer (idonea cautio) erfolgt, s. Mevius, l. c. Cap. XXV. § 55 sq.

15) Hiermit stimmt auch Mevius, l. c. § 98 — 101, vollkommen überein.

II.

Zu der Lehre von den Erbverträgen.

Zur Erläuterung nachstehender Erörterung erlaubt sich der Verfasser zuvörderst folgenden Rechtsfall vorauszuschicken: A. hinterließ bei seinem Ableben als Erben eine Wittwe und drei mit ihr erzeugte Kinder, so wie einen Sohn aus einer früheren Ehe. Bei der Vertheilung des Nachlasses ward in dem gerichtlich abgeschlossenen Recesse zugleich über den künftigen Nachlaß der Wittwe mit Hinweisung auf den Wunsch des Erblassers, daß hierbei der Stiefsohn der letzteren seinen, des Erblassers, übrigen Kindern gleichgestellt werden möchte, eine Vereinigung getroffen und dabei von der Wittwe, unter Acceptation der Miterben, erklärt: Sie habe aus besonderer Liebe gegen ihren Stiefsohn bereits unter dem — ihren letzten Willen gefertigt und bei dem Amte Dresden niedergelegt, in selbigem aber ihren Stiefsohn nebst ihren leiblichen Kindern zu gleichen Theilen zu Universalerben eingesetzt, wolle auch diese Erbeinsetzung, so weit sie sich auf des Stiefsohns eigene Person beschränke, ingleichen in Hinsicht ihrer leiblichen Kinder gegenwärtig in Kraft eines unwiderruflichen Erbvertrags wiederholen und vermöge dessen auf ihren künftigen Todesfall ihr sämmtliches dereinst zu hinterlassendes Vermögen ihrem gedachten Stiefsohne **B.** für seine Person, ingleichen ihren leiblichen Kindern **W., X., Y.** als ihren alleinigen dereinstigen Universalerben zu gleichen Theilen, ohne daß ihr (wie es wörtlich lautet) dießfalls eine Cautionsbestellung anzusinnen sei, überlassen und übereignen, sich aber dabei die absonderliche letztwillige Disposition über eine jedoch das Quantum von 8000 Thalern nicht übersteigende Summe vorbehalten. Einige Jahre darauf starben der Stiefsohn und der Sohn **W.**, und zwar letzterer mit Hinterlassung einer Tochter. In einem später errichteten Testamente hatte nun die Wittwe ihre beiden leiblichen

Kinder und ihre Enkelin, welche jedoch nur den Pflichttheil erhalten sollte, mit Uebergehung der Hinterlassenen ihres Stiefsohnes zu Universalerben eingesetzt, zugleich auch mehrere (die Summe von 8000 Thlrn. —:=:— nicht übersteigende) Legate ausgesetzt und bestimmt, daß ihre Enkelin sich noch eine Collationspost anrechnen lassen solle. Nach ihrem Tode erhob nun die Enkelin eine auf den gerichtlichen Erbvertrag und sonstige Urkunden gestützte Executivklage gegen die Geschwister ihres Vaters, indem sie das Testament nur in Betreff der 8000 Thlr. anerkennen wollte, wegen deren sich die Wittwe die freie Verfügung auf den Todesfall vorbehalten hatte, dagegen aber den dritten Theil des übrigen Nachlasses als Erbin ihres Vaters in Anspruch nahm, indem sie davon ausging, daß der Anspruch des Stiefsohnes mit dessen Tode erloschen und sein Theil den übrigen Vertragserben zugewachsen sei.

Es kam daher bei Entscheidung der Sache darauf an, ob das vertragsmäßige Erbrecht des Vaters der Klägerin auf dieselbe trotz dessen übergegangen sei, daß ihr Vater vor der Promittentin gestorben sei. Die Juristenfacultät und das A.-G. zu Dresden verneinten diese Frage und wiesen die Klägerin ab, das O.-A.-G. aber bejahte die Frage und bestätigte auch diese Entscheidung auf das dagegen eingewendete Rechtsmittel.

Die Facultät berief sich nur auf die Autorität von v. Bülow und Hagemann, pract. Erörter. IV. Nr. 71. Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 344. 3te Ausgabe, und bemerkte zugleich, daß der Umstand, wie dem Stiefsohne, nicht auch den übrigen Erben ein Erbrecht blos für seine Person eingeräumt worden sei, wenigstens in dem gegenwärtigen Executivprocesse etwas nicht ändern könne, da die zu einer Interpretation dieser Bestimmung für die Klägerin erforderlichen liquiden Unterlagen nicht vorhanden seien. Das Appellationsgericht zu Dresden gab folgende Entscheidungsgründe:

„Mehrere Rechtslehrer sind nun allerdings der Meinung, daß das vertragsmäßige Erbrecht unbedingt auf die Erben des ernannten Vertragserben übergehe, und berufen sich zu dessen Begründung auf die rechtliche Natur der Verträge überhaupt, so wie namentlich darauf, daß die Bestimmungen des Römischen

Rechts auf Erbverträge nicht angewendet werden dürften, weßhalb auch die Regel: „hereditas non delata non transmittitur" der weiteren Uebertragung um so weniger entgegenstehe, als der Anfall des Erbrechts nicht erst mit dem Tode eintrete, sondern durch den Vertrag selbst bewirkt werde.

Cf. Westphal, das Teutsche Privatrecht. Abth. LXXI. Anmerk. 11. Bd. II. p. 346 flg.

Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. § 660. Bd. 7. p. 388.

Mittermaier, Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts. § 403. Abth. II. p. 734. ed. III.

Hofacker, principia juris civilis § 1403. not. b.

Glück, Pandecten-Commentar. § 542. num. 2. Bd. VI. p. 557.

Hommel, rhaps. obs. 320.

Curtius, Handbuch des Sächs. Rechts. § 835. Bd. II. p. 364.

Bei näherer Prüfung der für diese übrigens, wie auch Westphal a. a. O. bemerkt, von älteren Schriftstellern nicht gebilligten Meinung aufgestellten Gründe gewinnt es jedoch das Ansehen, als sei dabei das Bestreben, die Giltigkeit der Erbverträge gegen die aus dem römischen Rechte hergeleiteten allerdings ungerechten Anfechtungen zu vertheidigen, zu weit gegangen, da die heutige vertragsmäßige Erbfolge, wenn sie auch ihren Ursprung den deutschen Rechtsgewohnheiten verdankt, dennoch als besondere Gattung der Universal-Succession nach denjenigen allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden muß, welche bei der Erbfolge überhaupt zur Norm dienen. Es darf nämlich nicht unbeachtet bleiben, daß, wie von bewährten Schriftstellern mit Recht bemerkt worden ist, bei den deutschen Volksstämmen in den frühesten Zeiten eben so wenig Erbverträge im heutigen Sinne, als Testamente vorkamen, und daß auch diejenigen Geschäfte, bei denen sich Spuren von Erbverträgen nach Inhalt der Gesetzbücher der einzelnen germanischen Völkerstämme in der nächsten Folgezeit vorfinden, von Erbeinsetzungen im heutigen Sinne des Wortes sehr wesentlich abweichen, indem dabei in der Regel wenigstens symbolische Uebergabe des betref-

fenden Gegenstandes stattfand und dem Vererbenden gewöhnlich zugleich die weitere Disposition unter den Lebenden über den fraglichen Gegenstand entzogen ward.

Cf. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte § 19. not. f. p. 65.

Hasse, über Erbvertrag ꝛc. im Rhein. Museum. Jahrg. II. Heft 2. p. 169 flg.

Es wird daher von dem zuletzt erwähnten Schriftsteller p. 167 mit Recht die Behauptung aufgestellt, daß der Erbvertrag so, wie er gegenwärtig gemeinhin vorkommt, ein Werk der Doctrin sei, die ihn erst zu einer eigenen Gattung der Universal-Succession erhoben hat. Der Erbvertrag in diesem Sinne ist als eine sofort bindende Bestimmung über die künftige Beerbung zu betrachten und enthält, wenn man von den rein renunciativen Erbverträgen absieht, eine wirkliche Erbeinsetzung. Der Unterschied von der testamentarischen Erbeinsetzung beruht daher im Wesentlichen darin, daß sie nicht als einseitige Willenserklärung ausgesprochen, sondern mit Zuziehung des künftigen Erben vertragsmäßig festgesetzt wird. Diese Eigenthümlichkeit hat die natürliche Folge, daß das Erbrecht unwiderruflich übertragen wird. Aber auch nur dieses als Anspruch an die universitas des künftigen Nachlasses des Promittenten, wird durch den Abschluß des Erbvertrags sofort auf den künftigen Erben übergetragen. Ein dingliches Recht an einzelnen, in dem Vermögen des Promittenten befindlichen Gegenständen erlangt der Vertragserbe durch den Vertrag allein noch keineswegs. Dieß geht schon daraus hervor, daß dem Promittenten bis zu seinem Ableben, sofern nicht besondere Verabredungen entgegenstehen, die Freiheit bleibt, über sein Eigenthum ungehindert unter den Lebenden zu verfügen.

Wird daher auch die Erbeinsetzung durch den sogenannten acquisitiven Erbvertrag unwiderruflich begründet, so tritt doch deren mit einem Klagerechte verbundene Wirksamkeit erst nach dem Tode des Erblassers ein; und es kann daher wohl nicht in Zweifel gezogen werden, daß auch der Erbvertrag als ein auf den Todesfall eingegangenes Geschäft zu betrachten ist. Ist aber dieß der Fall, so ist auch der Vertrag nur als Grund der

Delation anzusehen, ohne diese selbst zu bewirken, da von einem Erbschaftsanfalle erst dann die Rede sein kann, wenn der eingesetzte Erbe das Befugniß erlangt hat, sich in den Besitz der Erbschaft zu setzen.

Cf. l. 151. D. de verb. sign. (L. 16.)

Die wesentliche Abweichung des deutschen Rechts von dem Römischen besteht daher in dieser Beziehung darin, daß nach ersterem auch der Erbvertrag ein giltiger Grund des Erbanfalls ist.

Cf. Glück, Commentar der Pandecten. § 540. Bd. VI. p. 553.

Hieraus läßt sich nun offenbar die Schlußfolge ziehen, daß auch das vertragsmäßige Erbrecht in der Regel, und wenn nicht aus besonderen Bestimmungen auf eine andere Absicht der Contrahenten zu schließen ist, nur erst nach dem Ableben des Erbeinsetzers auf die Erben des Erbnehmers übertragen werde. Denn daran, daß ein noch nicht angefallenes Erbrecht nicht transmittirt wird, läßt sich um so weniger zweifeln, als nach gemeinem Rechte, mit Ausnahme der Fälle, wo es des besonderen Erbantritts nicht bedarf, sogar die Regel gilt: **hereditas non adita non transmittitur.**

Uebrigens kann nicht behauptet werden, daß diese Ansicht mit dem Begriffe eines unwiderruflichen Vertrags zu sehr im Widerspruche stehe, um rechtlichen Beifall zu verdienen. Denn bei anderen vertragsmäßigen Verhältnissen, welche besonderes persönliches Vertrauen voraussetzen, z. B. bei'm Mandats- und Gesellschafts-Contracte, streitet die Präsumtion ebenfalls dafür, daß sie mit dem Tode der Contrahenten für erloschen anzusehen seien. Es ist aber nicht zu verkennen, daß die unwiderrufliche Erbeinsetzung einer Person als Zeichen besonderen persönlichen Vertrauens betrachtet werden muß, da die Erbeinsetzung künftige Repräsentation des Erblassers herbeiführt. Berücksichtigt man überdieß, wie sehr der allerdings zunächst dem Römischen Rechte angehörige Satz: „**voluntas hominum ambulatoria usque ad mortem**", hinsichtlich der auf den Todesfall, also mit Rücksicht auf ein der Zeit nach unbestimmtes Ereigniß, eingegangenen Geschäfte in der Natur der Sache begründet ist, so dringt sich doch die Ueberzeugung auf, daß eine diesen Satz

aufhebende Willenserklärung durchaus keine ausdehnende Erklärung gestattet, weßhalb wohl mit Recht anzunehmen ist, daß bei der vertragsmäßigen Erbeinsetzung die Absicht präsumtiv nur dahin gerichtet sei, die Erbschaft dem eingesetzten Vertragserben selbst, für seine Person, ohne weitere Berücksichtigung der künftigen Erben desselben, zuzuwenden, und daß daher die Wirksamkeit des vertragsmäßigen Erbrechts präsumtiv von dem vor dem Tode des eingesetzten Erben erfolgten Ableben des Promittenten abhängig sei.

Diese Meinung ist auch vorzüglich in neuerer Zeit von angesehenen Rechtslehrern vertheidigt worden:

Cf. v. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen. Bd. IV. Erörterung LXXI. p. 375.

Hasse, a. a. O. p. 200.

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. § 344. Ed. III. p. 839.

Maurenbrecher, Lehrb. des deutschen Rechts. § 865. p. 745. Letzterer bemerkt nun zwar in der Nota t. zu gedachtem Paragraphen, daß das Sächs. Recht hierunter von dem gemeinen deutschen Rechte abweiche. Obschon aber, wie oben bereits erwähnt wird, Hommel und Curtius der Meinung beitreten, daß das vertragsmäßige Erbrecht unbedingt auf die Erben des Vertragserben übergehe, so kommt es doch hier nicht auf Meinungen, sondern auf Gründe an, und es läßt sich aus der Meinung dieser Schriftsteller eine Abweichung des Sächs. Rechts von dem gemeinen deutschen um so weniger erkennen, da auch andere, nur das gemeine Recht berücksichtigende Schriftsteller diese Meinung theilen. Aeltere gesetzliche Bestimmungen für deren Begründung finden sich in Sachsen nicht, vielmehr gewährt der Inhalt der 13ten Decision vom Jahre 1746 eher eine Bestätigung des Satzes, daß der Erbvertrag in der Regel als ein auf den Todesfall eingegangenes Geschäft zu betrachten sei, und daher auch der Erbanfall erst mit dem Tode des Promittenten eintrete. Daß sich ein entschiedener Gerichtsbrauch hinsichtlich dieser Rechtsfrage gebildet habe, läßt sich aber um so weniger behaupten, als dieselbe nicht gar häufig zur Entscheidung vorliegt. Denn die vertragsmäßige Erbfolge ist, abgesehen von solchen

Fideicommiß- und Familien-Verträgen, welche die Succession für längere Zeit hinaus reguliren, gewöhnlich mit gegenseitiger Erbeinsetzung verbunden, und in diesem Falle liegt es in der Natur der Sache, daß die Disposition in der Regel nur zu Gunsten des Ueberlebenden gilt, was auch die Preußische Gesetzgebung ausdrücklich anerkannt hat.

Cf. Pr. Landrecht. Bd. II. Th. 1. § 631. p. 89.

Die in dem Mandate vom 31. Januar 1829, die Allodialerbfolge betr., § 8. (G. S. von 1829 p. 38) enthaltene Bestimmung hat keinen Einfluß auf die streitige Frage, weil der Satz: „hereditas non delata non transmittitur", dadurch nicht aufgehoben wird, und es scheint daher kein Grund vorzuliegen, hierunter eine Abweichung des Sächsischen Rechts von dem gemeinen deutschen anzunehmen. Jedenfalls streitet eben so, wie bei gegenseitigen Erbverträgen, also auch bei einseitigen, die rechtliche Vermuthung dafür, daß der Promittent, welcher sich zu Gunsten des Mitpaciscenten der Dispositionsfähigkeit über seinen Nachlaß begeben hat, diese Verzichtleistung nicht auch zu Gunsten anderer, ihm vielleicht ganz unbekannter Personen habe aussprechen wollen. Verzichtleistungen dürfen nicht ausdehnend erklärt werden.

Aus vorstehenden Gründen war dem Instanzurthel hinsichtlich der erwähnten Rechtsfrage beizupflichten, und daraus folgt zugleich Bestätigung der Entscheidung in der Hauptsache. Denn scheint auch der Umstand, daß bei dem Stiefsohne der Erblasserin in dem Erbvertrage ausdrücklich von einer Beschränkung auf dessen Person die Rede ist, den Schluß zu rechtfertigen, daß eine solche Beschränkung bei den übrigen Vertragserben nicht eintreten solle, so kann doch diese Schlußfolgerung nur eine gewöhnliche Vermuthung (praesumtio facti) begründen, welche allein ein günstiges Resultat für Klägerin nicht herbeiführen kann, und daher keineswegs geeignet erscheint, die erhobene Executivklage aufrecht zu erhalten.

Hiernächst läßt sich auch die Klage durch den Satz, daß in der Regel der Ausdruck: „Kinder", zugleich auf entferntere Descendenten zu beziehen sei, so oft es sich bei Dispositionen auf den Todesfall um deren Vortheil handele, nicht aufrecht er-

halten, weil die eingesetzten leiblichen Kinder nach Bl. 12b. namentlich aufgeführt worden sind.

Demnach muß es der Klägerin überlassen bleiben, die Behauptung, daß die Absicht bei dem Vertrage dahin gegangen sei, zugleich zu Gunsten der Erben der eingesetzten leiblichen, vor der Promittentin versterbenden Kinder derselben Verfügung zu treffen, im Wege des ordentlichen Processes, so weit sie sich damit fortzukommen getrauet, weiter an und auszuführen."

Das O.-A.-G. sprach aber der Klägerin als „Erbin ihres Vaters" den vierten Theil des Nachlasses — nach Abzug der Legate — nebst den von dem Todestage der Erblasserin an gezogenen Nutzungen zu; „denn auch ein anderer Erbvertrag wird, wie in der Regel andere Verträge (L. 13. Cod. de contrah. vel committ. stipul.), zugleich für die Erben der Contrahenten eingegangen und enthält auf Seiten des Vertragserben das dem Erblasser gegebene Versprechen, daß er sein Erbe sein wolle, von welchem er nicht einseitig zurücktreten darf (pacta sunt servanda). Da ihm diese Verbindlichkeit schon vermöge des Erbvertrags selbst obliegt, so bedarf es auf seiner Seite nicht erst des Antritts nach dem Tode des Erblassers und, ob er gleich nur pro viribus hereditatis für die Erbschulden gehalten ist, so steht ihm doch nicht das Befugniß zu, die Vertragserbschaft nachher auszuschlagen. Auf der anderen Seite erwirbt er aber auch durch den Erbvertrag selbst ein Erbrecht, welches, sollte er auch vor dem Erblasser verstorben sein, auf seine Erben transmittirt wird." Dagegen nahm es an, daß bei dem Erbvertrage, da er keine Testatio sei, sondern auf der Acceptation des Erben beruhe, die sich auf die vacant werdende Portion nicht beziehe, ein Accrescenzrecht nicht stattfinde.

Das O.-A.-G. bestätigte vorstehende Entscheidung auf eingewandte Berufung, jedoch mit der Erläuterung, daß nicht der Betrag der ausgesetzten Legate, sondern die zur freien Verfügung vorbehaltene Summe der 8000 Thlr. —=—= von dem Nachlaßbestande vor der Vertheilung desselben nach dem Erbvertrage abzuziehen sei. Aus den Entscheidungsgründen entlehnen wir Folgendes: „Bei Testamenten kommt in Betracht, 1) daß der Testator beliebig und zu jeder Zeit seinen letzten Willen

abändern und widerrufen kann, 2) daß dann, wenn der eingesetzte Erbe vor dem Erblasser stirbt, oder die Erbschaft ausschlägt und nicht schon auf diesen und jenen Fall durch Substitution im Testamente Vorkehrung getroffen worden ist, die letztwillige Verordnung destituirt wird, und 3) daß dem eingesetzten Erben freisteht, sich binnen der ihm dazu vergönnten Frist zu erklären, ob er eine ihm angefallene Erbschaft antreten oder sich davon lossagen will.

Mit der Antretung der Erbschaft erklärt erst der Erbe seine Zustimmung und erhält dadurch ein Eigenthumsrecht auf die Erbschaft, weßhalb in der Regel (die bekannten Ausnahmen gehören nicht hierher) die Transmission der Erbschaft von deren bewirkten Antretung bedingt wird. Ganz verschieden ist das Verhältniß bei Erbverträgen.

Denn

1) sind diese unwiderruflich,

2) der Erbe hat durch die Acceptation des Vertrags schon seine Zustimmung und die zu bewirkende Antretung der Erbschaft erklärt, daher es einer besonderen Adition nicht bedarf, keine Deliberationsfrist vergönnt ist und keine Lossagung stattfindet, vielmehr der Erbe den Nachlaß antreten und solchen, soweit dessen Bestand zureicht, vertreten muß.

3) Ferner kann nach abgeschlossenem, seinen ganzen Nachlaß umfassenden Erbvertrage der Erblasser nur insoweit auf den Todesfall über sein Vermögen verfügen, als er sich deßhalb einen Vorbehalt ausdrücklich gemacht und bedungen hat.

4) Damit es nicht an einem Erben in dem Falle, daß der Vertragserbe vor dem Vertragserblasser stirbt, fehle, ist der Erbe des Vertragserben eben so berechtigt, als verbunden, den Nachlaß des Vertragserblassers anzutreten und pro viribus desselben zu vertreten. Es tritt mithin bei Erbverträgen der Grundsatz: pacta sunt servanda, als Regel ein. Eine Ausnahme davon macht das Gesetz nur rücksichtlich der vor Eingehung oder während der Ehe zwischen Eheleuten abgeschlossenen Uebereinkommen auf den Todesfall, welche dann eben so, wie

das gesetzliche Erbfolgerecht, in Wegfall gelangen, wenn die Ehe vor des Erblassers Tode rechtskräftig getrennt worden ist. Vergl. Mandat vom 31. Januar 1829, die Allodialerbfolge u. s. w. betr., § 92. 93. 97. jct. § 79. 80. 100.

In der erhobenen Executivklage hat Klägerin theils auf den Grund des Erbvertrags als Erbin ihres Vaters den dritten Theil des Nachlasses ihrer Großmutter nach Abrechnung von 8000 Thalern, über welche die letztere auf den Todesfall verfügen konnte und verfügt habe, theils den Pflichttheil von diesen 8000 Thalern (von welchen jedoch gewisse Legate in Abrechnung kommen) auf den Grund eines von ihrer Großmutter hinterlassenen Testaments gefordert. Gegen Klägerin beruht in Rechtskraft, daß sie als Erbin ihres Vaters aus dem Erbvertrage nur ein Viertheil des Nachlasses ihrer Großmutter erhalten soll, mit ihren übrigen Ansprüchen aber angebrachter Maßen abgewiesen worden ist. Dahin gehört unter andern die Frage, ob Klägerin neben dem vertragsmäßigen Erbtheile annoch ex testamento ihrer Großmutter den Pflichttheil fordern kann, und ob das Testament blos auf die zur freien Disposition gestellten 8000 Thaler —= —= oder auch zugleich auf den vierten Theil des übrigen Vermögens zu beziehen sei, welcher der Testamentserrichterin durch den am 25. Januar 1824 erfolgten Tod ihres Stiefsohns wieder zurück angefallen war?

Da nun die Großmutter der Klägerin von der vorbehaltenen freien Disposition rücksichtlich der 8000 Thaler —= —= Gebrauch gemacht hat, indem diese 8000 Thaler —= —= das minus von dem ganzen Nachlasse, worüber von ihr verfügt worden, ausmachen, so sind gedachte 8000 Thaler —= —= nicht zu dem Theile ihres Nachlasses zu rechnen, auf welchen sich der Erbvertrag bezieht, sondern davon in Abrechnung zu bringen.

Ob und wie viel von diesen 8000 Thalern Klägerin erhalten kann und soll? ist bei der jetzigen Lage der Sache in gegenwärtigem Processe nicht zu entscheiden." —

Der Verfasser kann nun ebenfalls der von dem O.-A.-G. befolgten Ansicht in keiner Hinsicht beipflichten, da sie — wenn er sich dieses Urtheil erlauben darf — auf irrigen Voraus-

setzungen beruht und mit der Geschichte im Widerspruche steht. Im Wesentlichen kann er sich auf das, was über diese Frage von Hasse [1]), Mühlenbruch [2]), Beseler [3]) und Kori [4]) bemerkt und ausgeführt worden ist, beziehen, und erlaubt sich, nur noch auf Folgendes aufmerksam zu machen:

Zuvörderst ist nicht zu übersehen, daß aus dem ältesten Teutschen Rechte und der demselben eigenthümlichen Institute der Vergabungen von Todeswegen, genau genommen, für die rechtliche Beurtheilung der Erbverträge überhaupt und für die Entscheidung der vorliegenden Frage insbesondere hinreichende positive Momente nicht entnommen werden können. Während bei den Vergabungen mittels der gerichtlichen Auflassung dem Bedachten sofort ein dingliches Recht, sei es nun, daß dem Tradenten nur der Nießbrauch oder das Miteigenthum verblieb, erwuchs und der Tradent, der Strenge nach, von jeder ferneren Disposition über die vergabten Güter ausgeschlossen wurde, wie uns unzweifelhafte Zeugnisse der alten Rechtsbücher belehren, suchen wir vergebens nach gleichen Zeugnissen im Betreff der Erbverträge, deren Nothwendigkeit eben so wenig als ihre Nützlichkeit jemals bei dem Volke zum klaren Bewußtsein gelangt ist, und welche daher mehr das Werk einer von dem Römischen Rechte sich lostrennenden Doctrin sind. Man construirte die Erbverträge weniger als modificirte Vergabungen von Todeswegen, als vielmehr von Innen heraus, jedoch wurden allerdings Sätze hierbei als nothwendige Folge angesehen, welche noch des Beweises bedurften. Wenn man berechtigt wäre, eine Ausnahme des auch im Teutschen Rechte geltenden Satzes, daß ein dingliches Recht an einer Sache durch bloßen Vertrag nicht erworben werden könne, anzunehmen und zugleich zu behaupten, daß, da die Form der gerichtlichen Auflassung (bei den Vergabungen von Todeswegen) antiquirt sei, dem Erbvertrage, der an deren Stelle getreten sei, gleich rechtliche Wirkungen

---

1) a. a. O.

2) Erläut. d. Pand. XXXVIII. S. 92.

3) Die Lehre v. d. Erbverträgen. Th. II. S. 271.

4) Erörterung pract. Rechtsfr. III. N. 18. S. 140 flg. 2te Ausg.

zuzuschreiben, als solche jedoch nur in und durch die Auflassung, bei den Vergabungen sich vorfinden, so würde der Streit sich ziemlich schnell lösen. Allein beide Behauptungen fallen, wie klar vorliegt, als unhaltbar, ebenso, wie die Annahme, daß der Erbvertrag aus den gedachten Vergabungen sich entwickelt habe, zusammen. Bei den Vergabungen entstand das dingliche Recht des Bedachten durch die nothwendige, fast zur Materie gehörige Form der Auflassung; — sie veraltete mit dem Institute der Vergabungen zugleich, — die Erbverträge sind ein selbstständiges Institut der Doctrin, von jenen an sich unabhängig.

Das Römische Recht kennt nun endlich auch keine Erbverträge, verwirft vielmehr dieselben aus politischen und moralischen Gründen, und insofern scheint man nicht berechtigt, bei Beurtheilung der vertragsmäßigen Succession auf das Römische Recht und dessen allgemeine Regeln oder die Erbfolge zurückzugehen. Allein, wenn man auch die charakteristischen Zeichen dieser Succession durch eine romanisirende Auffassung derselben nicht verdrängen darf, so läßt sich doch auf der anderen Seite nicht verkennen, daß bei der allgemeinen, durchgängigen Giltigkeit des Römischen Rechts die Grundsätze desselben insoweit zur Anwendung kommen müssen, als sie nicht mit der unzweifelhaften Natur der Erbverträge im Widerspruche stehen. Es kann daher zur Ausschließung des Römischen Rechts in den einzelnen Fragen nicht hinreichen, daß dasselbe überhaupt die Erbverträge nicht kennt, sondern es muß zur Anwendung desselben in diesen Fällen genügen, wenn in der Natur der Erbverträge an sich kein hinreichendes Moment vorhanden, diese Anwendung zu verhindern.

Der Erbvertrag ist ein Vertrag, wie schon der Name an die Hand giebt. Der Gajus verspricht dem Mävius, ihn zu seinem Erben zu ernennen, und Mävius acceptirt dieses Versprechen. Dieß wenigstens der acquisitive Erbvertrag, der Erbeinsetzungsvertrag, wie ihn Hasse nennt. Beide verhandeln also über eine Beerbung dergestalt, daß die Testirfreiheit des Promittenten aufgehoben wird. Spondesne, te nuncupaturum esse me heredem? Spondeo. Der Promittent gewährt dem

Promissar ein erst mit seinem, des Promittenten, Tode sich herausstellendes Recht. Die willkürliche Erbeinsetzung erhebt er zur unwiderruflichen; er setzt — um mit Hasse zu reden — des Erben Willen an den seinigen. Wenn nun zwar der Tod des Testators das Testament erst als den letzten und somit als giltigen Willen charakterisirt, während bei dem Erbvertrage in und mit diesem der jetzige und der letzte Wille sich factisch und juristisch einigen, so gewinnen wir in der That hierdurch weiter nichts, als eben das Moment, daß über die Frage, ob der Tod erst die Gewißheit verschaffe, nach welcher Disposition die Beerbung erfolge, zwischen beiden Arten der Erbeinsetzung ein Unterschied stattfindet, ohne zugleich die Regeln über die Erbfolge selbst abzuändern. Der Erbvertrag als solcher hebt die Römisch-rechtliche Widerruflichkeit der getroffenen Erbbestimmung auf; — insofern ist der Vertrag hier die leitende Norm; aber die Beerbung selbst erfolgt nach den gewöhnlichen Regeln, da der Anwendung derselben doch unmöglich der Umstand entgegenstehen kann, daß die betreffende Disposition eine unwiderrufliche war. Von dem Tode des Erblassers an sind beide Dispositionen — testamentarische und vertragsmäßige — sich völlig gleichgestellt, denn der Unterschied, daß der Vertragserblasser die Erbeinsetzung nicht widerrufen kann, ist nun von sebst unnütz geworden. Wie kann nun aber dieser mehr äußerliche Charakter der Erbverträge, dieses gleichsam nur nebenher gehende Kennzeichen der Unwiderruflichkeit den inneren Charakter, die rechtlichen Wirkungen und die Auffassung derselben so bedeutend alteriren, daß uns mit denselben in das wohlgeordnete System ein völlig heterogenes und abnormes Element hineingeschoben wird? Testament und Erbvertrag, — beide bestimmen die Beerbung eines Menschen, die Succession in dessen einstigen Nachlaß; — jenes ist eine widerrufliche, dieser eine unwiderrufliche Disposition, aber immer nur in Rücksicht auf den Fall eines Nachlasses, ohne welchen kein Erbe ist. Es ist hier kein Grund vorhanden, die Bestimmungen des Römischen Rechts zu verlassen und ohne positives Substrat die Vertragserbfolge von den allgemeinen Bestimmungen über die Succession loszureißen.

Das O.-A.-Ger. beruft sich hauptsächlich auf zwei Momente: auf die rechtlichen Wirkungen der Verträge überhaupt und darauf, daß der Vertragserbe nothwendig die Vertragserbschaft antreten müsse.

Was nun den ersteren Grund anlangt, so kann nicht mehr die Rede davon sein, daß, wie noch Stryck u. A. annahmen, dem Vertragserben ein dingliches Recht an der Erbschaft durch den Vertrag selbst, auch während der Lebzeit des Erblassers, erwachse, da, ganz abgesehen von allen anderen Gründen, durch Vertrag allein weder nach Römischem noch nach Teutschem Rechte ein dingliches Recht erworben wird, und, wie schon von Anderen richtig bemerkt worden, unmöglich Jemandem darauf ein dingliches Recht zustehen kann, was er erst durch Succession erlangen will. Wenn wir nun die Ansichten der Juristen in Erwägung ziehen, so sind sie blos darüber einig, daß durch den Vertrag, durch das acceptirte Versprechen der Erbeinsetzung, die widerrufliche Disposition zu einer unwiderruflichen wird, daß derselbe einen giltigen, wirksamen Verzicht des Erblassers auf seine Testirfreiheit enthält. Alles Andere ist noch in lite. Positive Normen fehlen uns, wie gedacht, völlig, um uns hier auf Teutsches Recht stützen zu können. Das Römische Recht hat es als mit der Natur eines Vertrags wohl vereinbar erklärt, daß die Rechte aus demselben auf die Erben der Interessenten nicht übergehen. Zu dieser Annahme liegen hier sehr gewichtige Gründe vor. Der Vertragserbe soll erben; — er soll einst in den Nachlaß des Erblassers succediren, — er erhält hierzu erst durch den Tod des letzteren die Berechtigung, — aber der Vertragserblasser kann ihm dieselbe nicht mehr entziehen, indem ihn der Vertrag hindert. Also: der Vertrag hebt die Widerruflichkeit der Disposition auf, er entzieht dem Disponenten das Reurecht, er sichert den Erben gegen Abänderungen der Disposition. Aber ein Mehreres giebt ihm auch der Vertrag nicht, und namentlich ist kein hinreichender Grund zu der völlig anomalen Annahme vorhanden, daß, gleichsam mittels einer Fiction, durch den Vertrag als solchen dem Vertragserben ein Anrecht auf das vorhandene Vermögen des Disponenten erwachse, da sich sein Recht nur auf den Nachlaß als

solchen, der bei einem Lebenden undenkbar ist, bezieht. Es kann hierbei darauf noch hingewiesen werden, daß gewiß Niemand dem Vertragserben das Recht einräumen wird, über die einstige Erbschaft dergestalt zu Gunsten Dritter zu disponiren, daß dieselben in Folge dieser Disposition berechtigt seien, auch dann, wenn der Erbe vor dem Disponenten gestorben ist, den Nachlaß des letzteren sich anzumaßen, z. B die Gläubiger des Vertragserben, denen er sein Erbrecht noch vor dem Tode des Erblassers abgetreten und den er sodann nicht überlebt. Es wird dieß in Abrede gestellt werden müssen, weil der Erbe über ein erst künftiges Recht disponirte, dessen Existenz von einer noch unerfüllten Bedingung, d. h. seinem Ueberleben, abhängig ist [5]); — es würde aber bejaht werden müssen, wenn wir den Vertrag nicht als Delationsgrund, sondern als Delation selbst ansehen. Wir können auch noch jetzt sagen: succeditur aut ex lege aut ex testatoris voluntate, nur daß die letztere sowohl eine widerrufliche, als auch unwiderrufliche Disposition sein kann. In der That kann nicht genug darauf aufmerksam gemacht werden, daß durch den Vertrag zwar ein unwiderrufliches, aber nur ein Erbrecht constituirt wird, und daß wir nicht berechtigt sind, die Römischen Lehrsätze über Succession auch da zu verwerfen, wo hierzu gar keine Nothwendigkeit vorhanden ist. Es ist nicht zu beweisen, daß das Römische Recht hier zur Anwendung komme, als vielmehr, weßhalb es nicht zur Anwendung kommen könnte. Dem Begriffe des Vertrags ist sein Recht geschehen, — das Versprechen und die Acceptation: der

---

5) Der Grund von Kori u. A., daß dieß der Absicht des Erblassers, gerade dem Vertragserben sein Vermögen zuzuwenden, zuwider sei, beweis't zuviel. Auch dem testamentarischen Erben steht sofort nach dem Antritte jede Veräußerung frei, auch hier können (factisch) die Gläubiger des Erben succediren, ohne daß dieses auf das Recht des Erben oder die Giltigkeit der Disposition Einfluß hat; auch wird der Testator nur durch Umwege und schwierig eine solche Absicht durchsetzen können. Allein darum handelt es sich: konnte der Bedachte ein Recht veräußern, das noch nicht existent war, und dessen Existenz von einem noch ungewissen Zeitpunkte und von ihm zugleich — von einer conditio mixta — abhängt, gleichviel, ob diese Bedingung eingetreten?

Vertrag — die Unwiderruflichkeit seine Folge. Das Recht des Vertragserben ist kein Beweisgrund, es ist der Beweissatz; — die Unwiderruflichkeit ist eine nothwendige Folge, nicht so, daß der Vertrag die Delation selbst sei, vielmehr steht der Satz: „der Vertrag ist gleich Testament und Gesetz Delationsgrund", mit dem Satze der Unwiderruflichkeit gar nicht im Widerspruche.

Was nun das zweite Argument anlangt, auf welchem das Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts beruht, daß nämlich der Vertragserbe rechtlich verpflichtet sei, die Vertragserbschaft anzutreten, so würde dasselbe, angenommen, daß es gegründet sei, in der Hauptsache nichts releviren. Zwar möchte ich, wie Beseler a. a. O. S. 272, kein Gewicht darauf legen und einen Widerspruch darin finden, daß auch Rechtslehrer, welche den Erbvertrag als Delation ansehen, dem Vertragserben das beneficium inventarii gestatten.[6]), da dasselbe sehr wohl neben einem erzwingbaren Erbschaftsantritte bestehen kann, und es auch bei einem solchen immer in der Willkür des Erben liegt, ob er von dieser Rechtswohlthat Gebrauch machen will oder nicht, ob er die eigene Vertretung übernehmen oder nur pro viribus hereditatis haften und sonst in der Disposition über diese nicht gehindert sein will, endlich auch, selbst wenn der Erbe also durch den Vertrag verpflichtet ist, anzutreten, dadurch noch nicht der Gebrauch jenes beneficii ausgeschlossen und bestimmt ist, daß er über die Kräfte der Erbschaft jedenfalls gehalten sein solle[7]), was eine um so größere Unbilligkeit sein würde, als der Vertragserblasser durch den Vertrag an Dispositionen inter vivos und mithin auch an Aenderung des vielleicht zur Zeit des Vertrags günstigen Vermögensbestandes, den der Erbe vor Augen hatte, nicht gehindert ist. — Allein, hiervon ganz abgesehen, so ist an sich kein Grund vorhanden, um anzunehmen, daß der Vertragserbe zur Antretung der Erbschaft rechtlich gehalten ist. Nehmen wir einen recht einfachen Erbver-

---

6) Mittermaier, teutsches Priv. R. § 403. not. 21.

7) In Sachsen erledigt sich dieser Zweifel, wenigstens in Betreff der Vertretung aus eigenem Vermögen Seiten des Erben, durch die singuläre Bestimmung der Decis. 35. von 1661.

trag, so enthält er nichts weiter, als was wir in die obengedachte Formel: Spondesne etc. setzen; das acceptirte Versprechen der Erbeinsetzung. Es gehört nicht zum Begriffe des Erbvertrags, daß nunmehr auch der Erbe seinerseits verspricht, die Erbschaft anzutreten; — es ist, wenn man sich so ausdrücken dürfte, ein einseitiger Vertrag oder ein acceptirter Verzicht, nämlich auf das Recht der Testirfreiheit. Daß seinerseits der Erbe auf das Deliberationsrecht verzichte, liegt nicht im Begriffe eines Vertrags, noch des Erbvertrags.

Angenommen nun aber, daß der Erbvertrag an sich bereits die Delation, nicht der Delationsgrund nur sei, so würde hieraus immer noch nicht folgen, daß die Frage, ob der Vertragserbe sein Recht auch bei Lebzeiten des Vertragserblassers auf seine Erben transmittire, unbedingt zu bejahen sei, eben so wenig auch dann, wenn man ihn für verpflichtet zur Antretung ansieht.

Es gilt immer noch der Grundsatz: **hereditas nondum adita non transfertur ad heredes.** Derselbe ist zwar von so vielen Ausnahmen durchlöchert worden, daß fast nur das Alter entscheidet, welcher Satz die Regel und welcher die Ausnahmen enthalte; allein er ist immer noch zur Anwendung zu bringen, wo diese Ausnahmen nicht nachgewiesen sind. Die Aditio ist keineswegs eine leere, nutzlose Formel; früher eine feierliche Erklärung, ist sie auch jetzt immer nothwendig, um den Erben als Eigenthümer des nun wieder zum Object herabsinkenden Nachlasses und als Repräsentanten des Erblassers ansehen zu können. Wenn auch (angeblich) zu diesem Erbschaftsantritte der Vertragserbe gezwungen werden kann, so hört jener deßhalb eben so wenig auf, nothwendig zu sein, als bei den Fideicommissen, wo das Recht des Fideicommissars von dem Antritte des Fiduciars abhängt, dieser aber zu demselben bekanntlich rechtlich genöthigt werden kann. Es würde daher auch bei der Vertragserbschaft die Aditio derselben erforderlich sein, und daraus, daß der Vertragserbe zu derselben genöthigt werden kann, nicht folgen, daß derselbe, ungeachtet der nicht erfolgten Aditio, sein Recht auf seine Erben ohne Weiteres transmittire, da **hereditas nondum adita etc.**

Hierbei kann zugleich bemerkt werden, daß, streng genommen, außer dem Falle, wo Gläubiger, bei denen überdieß der Antritt des Erben nur über die Person des nunmehrigen Schuldners, nicht auch die Existenz und Beschaffenheit der Schuld entscheidet, oder Legatarii, welche überdieß eben so wenig Antheil nehmen, wer Erbe wird, und ob der eingesetzte Erbe antritt oder nicht, da nach Sächsischem Rechte ein test. destitutum mit den Wirkungen des gemeinen Rechts nicht mehr vorhanden ist [8]), den eingesetzten Erben zur Erklärung über Annahme der Erbschaft drängen, ein rechtliches Interesse, den Vertragserben zum Antritte zu nöthigen, für einen Dritten nicht vorhanden, mithin der Hauptsatz selbst in Praxi unfruchtbar sein würde, während bei den Fideicommissen für den Fideicommissar ein besonderes Interesse vorhanden.

Aber allerdings giebt es Fälle, wo die noch nicht angetretene Erbschaft auf die Erben des Erben transmittirt wird, die s. g. **transmissio Justinianea.**

Der suus heres, d. i. jeder, welcher zur Zeit des Todes seines Adscendenten in dessen mittelbarer oder unmittelbarer väterlicher Gewalt sich befand [9]), erwirbt ipso jure die ihm angefallene Erbschaft seines Adscendenten, selbst wenn er von dem Anfalle nichts erfahren haben sollte [10]), und es kann daher auch nicht zweifelhaft sein, daß die ihm ohne Erklärung der Annahme sofort erworbene Erbschaft ohne Weiteres auch auf seine Erben übergeht, bei denen aber in Betreff der Erwerbung der auf sie übergangenen Erbschaft es allerdings von Einfluß ist, ob er in suus heres oder extraneus ist. Im Uebrigen trat dieser auf dem Gesetze beruhende unmittelbare Erwerb der Erbschaft natürlich dann nicht ein, wenn der Adscendent seinen Descendenten im Testamente eingesetzt hatte, als in welchem Falle der Descendent als extraneus heres erschien. Durch das beneficium abstinendi gelangte nun der suus heres in Be-

---

8) Erbf. Gesetz vom 31. Jan. 1829. § 1. 5.

9) Löhr, Bemerkungen aus dem Geb. des Erbrechts. n. 9. (Arch. f. d. civ. Pr. Bd. II. S. 198.)

10) Francke, das Recht d. Notherben. S. 13 flg. und die folg. Note.

treff der definitiven Erwerbung der Erbschaft — um so zu sagen — ziemlich in ein ähnliches Verhältniß, wie der extraneus; jener konnte hierdurch der ihm ipso jure erworbenen Erbschaft sich wieder entäußern, der extraneus repudiirte die ihm angefallene Erbschaft; — bei beiden also entschied definitiv ihr Wille [11]). Theodosius [12]) dehnte obgedachte nothwendige Folge der unmittelbaren Erwerbung der väterlichen oder großväterlichen Erbschaft für die Erben des suus heres viel weiter aus und bestimmte nun, daß die [männlichen und weiblichen [13])] Descendenten [14]) des von irgend einem seiner [männlichen oder weiblichen [15])] Adscendenten Eingesetzten ebenfalls, dafern der eingesetzte Descendent nur den Erbanfall erlebte [16]), gleichsam, als wenn sie demselben substituirt seien [17]), an dessen Stelle treten sollen und die Erbschaft noch für sich anzutreten berechtigt sind. Wie man bei jenen ipso jure erworbenen Erbschaften dem suus heres des Descendenten, welchem die Erbschaft ipso

---

11) S. hierüber, so wie das Folgende Marezoll, d. s. g. Transmissionsfälle (Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. II. S. 82 flgg.) und die daselbst angezogenen Stellen. Vergl. auch Löhr, a. a. O. n. 7. (S. 192 flgg.)

12) C. VI. 52. c. un.

13) Die weibliche Descendenz hatte weder nach älterem Civilrechte, noch nach dem prätorischen dasselbe Recht, wie die ex masculis progeniti, und galt weder für sui heredes, noch hatte sie die b. p. c tabb., sondern nur als cognati die ab intestato. J. II. 13. § ult.

14) Hierzu sind auch die Emancipirten zu rechnen, welche nach dem alten Civilrechte nicht zu der familia gehörten, bei Lebzeiten des Vaters schon quodammodo domini waren, und also nicht als sui heredes angesehen werden konnten; jedoch nach dem prätorischen Rechte wurde ihnen, gleich den suis heredibus, wie überhaupt allen liberis (indem mittels Fiction die potestas als noch vorhanden angesehen wurde) die B. p. c. tabb. gegeben, und es war daher nothwendig, sie zu instituiren oder zu exherediren. D. XXXVII. 4. fr. 1. § 6. — J. II. 13. § 3. 4. — Vgl. noch C. VI. 28. c. 4.

15) Welche überdieß nach der Strenge des Civilrechts keine sui heredes hatten, und gegen deren Testament daher die c. tabb. bon. poss. auch nicht gegeben wurde. D. XXXVII. 4. fr. 4. § 2.

16) Thibaut, Syst. d. Pand. R. § 826. — A. M. sind Löhr u. Marezoll, a. a. O. S. 61, so wie Hugo, Lehrb. d. heut. R. R. VII. Aufl. S. 163.

17) „licet non sint invicem substituti."

jure erworben wurde, ebenfalls, dafern der letztere sich noch nicht immiscirt hatte, ex jure patris das beneficium abstinendi gab [18]), so dehnte man das Recht, die angefallene Erbschaft anzutreten, nun ebenfalls auf die (jede) Descendenz des Descendenten aus. Noch weiter endlich ging Justinian. War dieses Transmissionsrecht darauf beschränkt, daß der Transmittent ein von (irgend) einem Adscendenten eingesetzter Descendent war, so gab Justinian [19]) sämmtlichen Erben, sowohl den cognatis als den extraneis das Recht, die ihnen angefallene, aber noch nicht erworbene Erbschaft auf ihre Descendenz zu verfällen, dafern sie sich noch nicht derselben immiscirt hatten. Keineswegs hat aber Justinian in dieser Constitution verordnet, daß der Erbe, dafern er innerhalb der Deliberationsfrist sterbe, sein Recht zum Antreten auf alle seine Erben ohne Unterschied, wie oft behauptet wird [20]), verfälle, was eine fast totale Aufhebung des Satzes: hereditas nondum adita etc., welchen Justinian auch später noch ausdrücklich als Regel [21]) bezeichnet, mit sich führen würde. Einer weiteren Ausdehnung tritt auch die Einleitung der Constitution, wo auf die Stelle des Paulus [22]) über den Uebergang des Abstinenzrechts ausdrücklich Bezug genommen und von der posteritas der filii paternam hereditatem deliberantes die Rede ist, und die offene Absicht Justinian's, diese transmissio nicht auf diese filii familias zu beschränken, ohne hierbei die Regel in Betreff der Descendenz (posteritas) des eingesetzten Erben zu beschränken oder aufzuheben, entgegen. Justinian gab das nur den Descendenten bisher zugestandene Recht, die angefallene

---

18) D. XXIX. 2. fr. 7. § 1. (Paul. libr. I. ad Sabin.)

19) Cod. VI. 30. const. 19. v. J. 529.

20) z. B. Curtius, Handb. § 911., auch in der neusten Ausgabe. Thl. II. 2. S. 707.

21) Cod. VI. 51. const. un. § 5. v. J. 534. Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super hujusmodi casibus introducta loquitur; his nihilominus quae super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituti sunt, in suo robore mansuris.

22) „quum praecipue in quaestionibus Pauli invenimus." (n. 18.)

Erbschaft auf ihre Descendenz zu verfällen, allen Erben; er änderte in Betreff der Personen, von welchen, — nicht auch in Betreff derer, auf welche die Erbschaft verfällt wurde. Er sagt daher: ideoque sancimus, si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, — praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, wobei das successio offenbar als gleichbedeutend mit dem eingangsgedachten posteritas sua anzusehen ist. Es läßt sich auch diese Constitution nicht von dem Falle verstehen, wo der Erbe ausdrücklich um eine Deliberationsfrist nachgesucht hat, genug, wenn er sich nur noch nicht immiscirt hatte, da Justinian selbst sagt: si quis — deliberationem meruerit vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem indicat.

Das vaterländische Erbfolgegesetz § 8. bestimmt in Betreff der Transmission einer ex lege angefallenen Erbschaft, daß der gesetzliche Erbe auch vor dem Antritte der Erbschaft sein Recht auf seine Erben und zwar „jeder Art" transmittire. Sonach ist die Transmission in diesem Falle nicht auf die posteritas beschränkt, wie im Römischen Rechte, sondern auf alle Erben ausgedehnt. Sind nun auch diese Bestimmungen durch § 10. auch auf letztwillige Succession ausgedehnt worden, so ist doch der Satz des Römischen Rechts, wie wir ihn eben festgestellt haben, immer noch bei der Vertragserbschaft, da er auch bei dieser an sich — nach den oben angegebenen Grundsätzen über die Anwendung des Römischen Rechts dieser Lehre — zur Anwendung zu bringen und nicht aufgehoben ist, von Giltigkeit.

Selbst aber, wenn man dieser letzteren beschränkenden Ansicht nicht beipflichtet, ist immer noch nicht das Gewicht der eingangsgedachten Argumente gegen die Verpflichtung des Vertragserben zum Antritte widerlegt.

Für Entscheidung der Hauptfrage ließe sich auch noch die in § 97. des Erbfolgegesetzes enthaltene Bestimmung anführen, wornach ein Ehegatte durch richterliche Trennung der Ehe auch

das verlieren soll, was ihm „aus dem Vermögen des Anderen auf den Todesfall, Kraft einer Ehestiftung oder einer anderen Verfügung gebühret.“ Allein ich möchte auf dieses für die hier vertheidigte Ansicht scheinbar nützliche Argument doch deßhalb kein Gewicht legen, weil diese Bestimmung weniger auf einem für diese Frage entscheidenden Principe, als vielmehr auf der Regel beruht, daß durch die richterliche Trennung der Ehe alle bisherigen Vermögensrechte und Vermögensverhältnisse der Ehegatten, soweit sie sich auf die Ehe stützen oder doch in Rücksicht derselben eingegangen wurden, gelöst werden [23]).

Der Verfasser geht nun zur Frage über das Accrescenzrecht über.

Es fragt sich, ob in dem Falle, wenn einer von mehreren Vertragserben ohne Hinterlassung successionsfähiger oder testamentarisch eingesetzter Erben vor dem Vertragserblasser stirbt, die hierdurch vacant werdende Portion seinem Vertragsmiterben accrescire.

Das Accrescenzrecht ist in Sachsen durch das Gesetz vom 30. Jan. 1829 nur noch in dem Falle anwendbar, wenn mehrere Erben ohne Angabe, wie viel jeder erhalten soll, eingesetzt sind [24]); in den übrigen Fällen tritt stets die gesetzliche Erbfolge ein, und das Verbot der gemischten Erbfolge in einer und derselben Verlassenschaft ist aufgehoben [25]). Es fragt sich daher, ob nicht wenigstens dann, wenn mit Mehreren über ein und dasselbe Vermögen oder doch denselben Vermögenstheil ohne Angabe der Theile ein Erbvertrag abgeschlossen worden ist, der Theil des wegfallenden Erben den übrigen accrescire.

Allein es scheint überhaupt die Frage über die Statthaftigkeit des Accrescenzrechts bei Erbverträgen verneint werden zu müssen. Das Recht des Vertragserben ruht auf dem Ver-

---

23) Angez. Ges. § 92 flg.

24) Das Accrescenzrecht in diesem Falle beruht bekanntlich auf dem im Römischen Rechte für das Accrescenzrecht der Legatare aufgestellten Principe, daß hierbei der präsumtive Wille des Testators entscheide.

25) Vgl. hierüber Kriegel, spec. prim. comment. perpet ad leg. successor. in Sax. reg. d. 31. Jan. an. 1829 promulg. Lips. 1831.

trage; — er hat nicht mehr Rechte auf den Nachlaß, als dieser Vertrag ihm gewährt; — mithin auch, zumal keine res individua vorliegt, nicht einen Anspruch auf die vacante Erbportion des anderen Vertragserben, indem die zwischen den einzelnen Erben und dem Erblasser geschlossenen Verträge als von einander unabhängig und selbstständig erscheinen. Es läßt sich auch nicht ohne Weiteres annehmen, daß der Vertragserblasser das Accresciren der etwa vacant werdenden Portion beabsichtigt habe, und dieses ist bei der Natur des in Sachsen geltenden Accrescenzrechts entscheidend [26]). Die vacante Portion eines Vertragserben fällt an den Erblasser oder dessen Intestaterben zurück, indem nunmehr der Vertrag und die Verbindlichkeit des Promittenten sich gelöst hat, und der betreffende Vermögenstheil in das freie Eigenthum des Erblassers zurückgekehrt ist. Es steht ihm daher auch das Recht zu, willkürlich über denselben mortis causa zu disponiren.

Eine analoge Bestimmung befindet sich auch in **Const. El. 2. P. III.**, indem bei der **donatio mortis causa omnium bonorum** derjenige Vermögensbestandtheil, über welchen sich der Donator die freie Disposition vorbehielt und, ohne dieselbe zu treffen, verstarb, nicht dem Donatar, sondern den Intestaterben des Donators zufällt [27]). Es ist auch diese Ansicht zur An-

---

26) Es läßt sich nur in dem Falle dieses Recht noch bei uns zur Anwendung bringen, wo zwei zu einer Erbportion oder einem Vermächtnisse so gerufen sind, daß diese Portion oder dieses Legat erst durch den Act der Perception, nicht schon an sich zur Theilung gelangt, wo, wie es in den Quellen heißt, partes faciunt concursu. Und dieses läßt sich von den Erbverträgen, da jedenfalls mit jedem Vertragserben contrahirt werden muß, und diese einzelnen Einigungen mit einander nur in zufälliger Verbindung stehen, gar nicht behaupten.

27) Nach dem Oesterreich. G. B. §1253. fällt dasjenige Viertheil, welches dem Ehegatten bei dem Erbvertrage kraft des Gesetzes unbedingt und jedenfalls zur Disposition verbleibt, wenn derselbe nicht verfügt hat, an die Intestaterben, während nach Preuß. Landrechte sowohl bei der Schenkung des ganzen Vermögens als auch dem Erbvertrage der vorbehaltene Theil dießfalls und bei dem Mangel von Descendenten, Adscendenten, Geschwistern und Geschwisterkindern an den Schenknehmer und Vertragserben fällt. **A. L. R. I. 12. § 630. coll. c. I. 11. § 1087**

wendung zu bringen, gleichviel, ob der Vorbehalt eine Quote der Erbschaft oder nur eine bestimmte Summe oder einzelne Sachen betraf. A. M. ist Beseler a. a. O. S. 289 [28]). Allein das Recht des Vertragserben beruht lediglich auf dem Vertrage, und wenn auch, so viel die rechtlichen Wirkungen anlangt, der in re certa instituirte Erbe als Legatar zu behandeln sein würde, so kann doch der Vertragserbe die ausgelassene, dispositionslose Sache sich nicht aneignen, da er gar nicht derjenige ist, durch dessen Erbantritt das Legat zur Wirksamkeit gelangt sein würde, überhaupt der Erbvertrag und die letztwillige Disposition in gar keiner inneren Verbindung mit einander stehen und völlig aus einander gehalten werden müssen, endlich auch, wenn der Erblasser Verfügung trifft, in gewisser Beziehung gesagt werden kann, der von ihm Bedachte stehe dem Vertragserben als Legatar gegenüber, nicht aber auch, diese Disposition gleichsam fingirend und auf diese Fiction wieder die ihres Wegfalls setzend, gesagt werden kann, daß es sei, als wenn ein vom Anfang an bestimmtes Vermächtniß nun wieder weggefallen wäre, — da doch weder ein Vermächtniß vorhanden, dessen Wegfall fingirt worden, noch überhaupt das Legat von dem Antritte des Vertragserblassers abhängt. Ueberhaupt läßt sich nicht sagen, das Erbrecht des Vertragserben sei durch einen solchen Vorbehalt beschränkt worden und werde daher wieder ein unbeschränktes, wenn der Erblasser von jener Beschränkung keinen Gebrauch gemacht habe. Das Erbrecht des Vertrags-

---

sq. — Vgl. übrigens Cramer, Wetzlar'sche Nebenstunden XI. No. 8.

28) Beseler sagt nämlich: „Dem Erblasser ist durch den Vorbehalt das Befugniß eingeräumt, dem Vertragserben sein Erbrecht so zu beschränken, wie es auch sogleich bei dem Abschlusse des Hauptvertrags durch die Auflage bestimmter Vermächtnisse hätte geschehen können. Denn gesetzt auch, daß über die einzelnen Sachen testirt wird, so tritt doch der heres in re certa in Concurrenz mit dem Universalsuccessor, wenigstens dem Effect nach, blos als Vermächtnißnehmer auf. Macht nun der Erblasser keine Verfügung über das Reservat, so kommt der Vertragserbe dadurch in dasselbe Verhältniß, als wenn ein von Anfang an bestimmtes Vermächtniß weggefallen wäre; sein beschränktes Recht wird wieder ein unbeschränktes." Diesen letzteren Grund bringt Beseler auch in dem Falle, wo der Vorbehalt eine Quote der Erbschaft betrifft.

erben ist kein anderes, als wie es der Vertrag bestimmt, in welchem allein es seine Rechtfertigung findet, und es läßt sich daher nicht sagen: das Erbrecht ist durch den Vertrag beschränkt worden, gleich als ob es ohne diesen, dessen integrirenden Theil der Vorbehalt bildet, bestehen könnte.

Die Notherben sind jedenfalls berechtigt, den Erbvertrag, durch welchen ihr Descendent oder resp. ihr Ascendent [29]) sein gesammtes Vermögen auf einen Dritten übertragen, als nichtig anzufechten, wie ihnen dasselbe Recht gegen ein Testament, in welchem sie präterirt oder ungiltig exheredirt sind, zustehen würde, wobei sich nur allerdings nunmehr von selbst versteht, daß die Dispositionen des Erblassers im Erbvertrage, durch welche Vermächtnisse und Singularsuccessionen angeordnet werden [30]), von dem an die Stelle des Vertragserben tretenden Notherben erfüllt werden müssen, indem er insoweit dem Willen des Erblassers gerecht werden muß. Man hat wenigstens keinen Grund, diese in der Const. 9. P. III. und dem Gesetze vom 30. Jan. 1829 § 5. [31]) allerdings nur für die testamentarische Succes-

---

29) Die Geschwister haben bekanntlich im Sächsischen Rechte kein Recht mehr auf Hinterlassung eines Pflichttheils.

30) Allerdings werden Vermächtnisse in der Regel in einem Erbvertrage nur dann giltig hinterlassen werden können, wenn bei Errichtung desselben wenigstens die zur Giltigkeit eines Codicill erforderlichen Formen beobachtet worden sind, indem ohne Weiteres nicht ein Recht aus dem Vertrage Dritter für den Nichtmitpaciscirenden abgeleitet werden kann, wie aber gewöhnlich angenommen wird. Vgl. hierüber Mühlenbruch, Comment. XXXVIII. S. 68. Man wird auch wohl annehmen müssen, daß dergleichen Vermächtnisse immer die Natur von einseitigen, widerruflichen Dispositionen haben, soweit nicht später durch ein drittes factum diese Natur aufgehoben wird.

31) Es ist in diesem Gesetze ganz allgemein gesagt, daß der an die Stelle des testamentarischen Erben bei dessen Wegfall tretende gesetzliche Erbe „den giltigen Verfügungen des Erblassers ebenso, wie es dem Wegfallenden obgelegen hätte, nachkommen" müsse. Unter den „giltigen Verfügungen" sind jedenfalls solche Verfügungen zu verstehen, welche auch neben dem Rechtsgrunde, wodurch der gesetzliche Erbe zur Erbschaft gelangte, und welcher die heredis institutio in ihrem ganzen Umfange vernichtete, bestehen können, mithin diejenigen Singularsuccessionen und sonstigen Bestimmungen (außer der heredis institutio), durch welche weder die legitima, noch ein sonsti-

sion gegebenen Vorschriften nicht auch auf die Erbverträge auszudehnen, wie diese Ansicht bekanntlich schon von angesehenen Lehrern des gemeinen Rechts vertheidigt wird [32]), und es ist hierbei gleichgiltig, ob durch den Erbvertrag das sämmtliche Vermögen auf den Vertragserben übergehen soll oder ob diese völlige Ausschließung der Notherben zwar nicht vorhanden, die ihnen hinterlassenen Vermögenstheile jedoch zur Deckung ihrer legitimae — bei deren Berechnung der ganze Nachlaß mit Einschluß der Vertragserbschaft in Frage kommt [33]) — nicht ausreichen, gleichviel ob sie ab intestato oder ex testamento in diese beim Abschlusse des Erbvertrags ausgelassenen Güter succediren [34]).

Inwieweit können nun aber diese Rechte der Notherben rechtsgiltig durch einen Vertrag ausgeschlossen werden? Dieses

---

ges Recht des Erben verletzt wird. Es ist daher in der That nicht recht abzusehen, wie Hartitzsch, Sächs. Erbrecht § 88. zu der Behauptung gelangt, daß beim test. destitutum zwar die Intestaterbfolge eintrete, aber die Legate und Fideicommisse (ohne die Codicillarclausel) ungiltig würden.

32) Mühlenbruch, a. a. O. — A. M. ist Eichhorn, a. a. O. § 343. Maurenbrecher, a. a. O. § 562. Unbestimmt sprechen Hartitzsch, gem. Erbr. § 44. Mittermaier, Grundsätze d. teutschen Priv. R. § 403.

33) Es läßt sich deßhalb noch nicht sagen, daß die Grundsätze über die inofficiosa donatio zur Anwendung kommen, da auch bei dem Vertragserben erst die Zeit des Todes darüber entscheidet, was er als Erbschaft erhält. Nur versteht es sich von selbst, daß der Vertragserblasser die Legitima nicht von dem ihm noch zur Disposition freien Vermögen berechnen und auf diese Weise vielleicht bei einem zur Deckung der Legitima noch hinreichenden und disponibeln Vermögen die Verletzung derselben durch das Testament erst einführen darf. In diesem Falle würde nun zwar der Erbvertrag unangefochten bleiben müssen, da durch ihn die Verletzung nicht herbeigeführt ward, dagegen aber die unmäßigen Legate anzufechten oder aber gegen die Miterben zu klagen sein, da in jenen oder in der Erbeinsetzung dieser die causa laesionis liegt.

34) Const. cit. „wann deren Aeltern oder Kindern die gebührliche legitima oder sonsten ein Theil Güter titulo honorabili nicht verlassen, noch sie darinnen als Erben eingesetzet worden, daß ein solch Testament nichtig sei, und doch nichts destoweniger die Legata, denen, welchen sie vermacht sind, folgen und gegeben werden sollen.“

wird theils durch einen ausdrücklichen Erbverzicht des Notherben, theils dadurch, daß er dem von dem Erblasser mit einem Dritten über des ersteren Vermögen abgeschlossenen acquisitiven Erbvertrage beitritt, theils aber endlich durch einen acquisitiven Erbvertrag mit dem Notherben selbst geschehen können. Es läßt sich zwar nicht unbedingt behaupten, daß in dem acquisitiven Erbvertrage, wenn er sich nur über einen Theil der Erbschaft erstreckt oder der vertragsmäßig festgesetzte Theil derselben entweder zur Zeit des Vertrags oder doch des Todes des Erblassers die (nach letzterem zu berechnende) legitima nicht zu decken vermag, stets ein Erbverzicht zugleich mit enthalten ist; allein es wird dieser Satz wenigstens als Regel angenommen werden müssen.

Wir wollen hier zuvörderst den Fall eines mit dem Notherben abgeschlossenen acquisitiven Erbvertrags näher in's Auge fassen. Ist hier der im Erbvertrage bestimmte Theil des Nachlasses für den Notherben eine pars quota des Nachlasses, so wird die Frage sich, in der Regel wenigstens, leicht lösen, da wir auch bei der Berechnung dieser Quota nicht auf die Zeit des abgeschlossenen Vertrags und des damaligen Vermögensbestandes, sondern auf die Zeit des Todes sehen müssen, da nur durch diesen ein Nachlaß zur Existenz kommt und eine hereditas viventis nicht stattfindet. Wenn daher der Erblasser mit seinem Notherben dahin übereinkam, ihm den vierten Theil seines Vermögens zu hinterlassen, so wird er denselben auch dann als Erbtheil zu beanspruchen berechtigt sein, wenn das Vermögen seit der Zeit des Abschlusses dieses Vertrags um das Zwei- oder Mehrfache sich vermehrt hätte. Ebendeßhalb und weil von einem Theile des Nachlasses die Rede ist, ist der Erblasser nicht berechtigt, über das spätere Augmentum seines Vermögens willkürlich und mit Verletzung des allgemein bestimmten Theils des Nachlasses für den Vertragserben zu disponiren; — Versprechen und Acceptation sind auch auf diesen Zuwachs zu beziehen, wo nicht ausdrücklich das Gegentheil festgesetzt worden ist.

Wie aber, wenn in dem Erbvertrage ein numerisch festgestellter Theil des Vermögens, eine bestimmte Summe oder eine

bestimmte Species dem Vertragserben ausgesetzt wird und das Vermögen späterhin sich so vermehrt, daß jener Theil die Legitima, welche nach dem Nachlaßbestande berechnet wird, nicht erreicht?

Im Allgemeinen läßt sich wohl annehmen, daß der Notherbe, welcher einen Erbvertrag mit seinem Erblasser abschließt, hierdurch zugleich zu erkennen giebt, daß er mit dem durch den Erbvertrag festgestellten Anspruche auf den einstigen Nachlaß sich in Bezug auf das ihm durch das Gesetz gegebene Recht zufrieden zeige und keine weiteren Ansprüche machen wolle. Wenn er dieses nicht wollte, so würde er den Vertrag einzugehen gar nicht genöthigt sein. Im Gegentheil wird der Notherbe entweder sich durch den Erbvertrag gegen die Möglichkeit, einst einen kleineren Theil des Vermögens dem Gesetze oder Testamente nach, als jetzt ihm durch den Vertrag bewilligt wird, zu erhalten, sichern wollen, oder er wird bei einem rein renuntiativen Erbvertrage auf die ihm durch das Gesetz als Notherben zustehenden Rechte Verzicht leisten. In jedem Falle erklärt er, bei der einstigen Succession an den geschlossenen Vertrag gebunden zu sein.

Ueberhaupt ist auch besonders das Moment zu berücksichtigen, daß er über den Nachlaß, über eine erst künftig völlig bestimmte universitas, paciscirt, und er daher nicht ungewiß darüber sein kann, daß dieser Vertrag, gleich einer emtio spei, ebenso zu seinem Nachtheil oder Vortheil, je nachdem sich das Vermögen nach dem Erbvertrage noch vergrößert oder aber vermindert, sich erweisen und seine Hoffnung, durch den Vertrag besser gestellt zu werden als nach dem Gesetze, sich wieder (bei nachgängiger Vermehrung des Vermögens) zerschlagen, aber auch seine Erbportion aus dem Vertrage (bei nachgängiger Verminderung des Vermögens) sich größer als die gesetzliche gestalten kann.

Ebendeßhalb aber, weil der Zeitpunct des Todes des Erblassers erst diese universitas in's Leben ruft, scheint es nicht darauf anzukommen, ob die Verletzung der legitima, welche im Erbvertrage liegt, erst nach dem Erbvertrage entstanden ist oder aber schon bei dem Abschlusse desselben vorhanden war, —

jedoch würde in solchem Falle die Klage wegen dolus nicht ausgeschlossen bleiben — und ebenso auch, ob im Erbvertrage dem Notherben eine bestimmte Erbportion zugesichert worden, oder aber ob er pure oder gegen ein Aequivalent auf die Erbschaft Verzicht geleistet habe; — stets hing es von seinem Willen ab, das Glücksgeschäft einzugehen, dessen Natur ihm bekannt war.

Man hat zwar von jeher sich darüber gestritten, ob nicht Erbverträge von dem Erben, welcher gegen ein Aequivalent auf sein Erbrecht Verzicht geleistet hat, wegen laesio enormis wieder angefochten werden könnten [35]). Allein, ganz abgesehen davon, daß es bei der unverkennbaren Verschiedenheit eines mit einem Notherben über sein Erbrecht abgeschlossenen Vertrags und eines gewöhnlichen onerosen Geschäfts bedenklich fällt, so ohne Weiteres die Grundsätze von der laesio enormis auf die Erbverträge anzuwenden, so läßt sich, nach Obigem, billig zweifeln, ob die Römer, wenn sie Erbverträge gekannt hätten, die Rescission derselben wegen laesio enormis würden gestattet haben. Der Notherbe paciscirte über eine noch nicht bestimmte universitas juris, über eine der Verminderung sowohl als der Vermehrung fähige Sache, über eine bloße Anwartschaft auf diese Sache. In diesen Fällen cessirt aber die Klage wegen laesio enormis [36]), und insbesondere gilt es auch von Erbtheilungen [37]), daß in solchen Fällen eine Rescission nicht statthat.

Man hat auch von jeher unter Anderen die s. g. Absonderungen — welche in manchen Gegenden Teutschlands, namentlich bei stattfindender Gütergemeinschaft nach dem Tode des einen Ehegatten, insbesondere wenn der Ueberlebende zu einer zweiten Ehe schreitet, vorzukommen pflegen — dergestalt behandelt, daß der abgesonderte Notherbe als verzichtend auf das

---

35) Die Literatur s. b. Hänsel, in s. Ausg. v. Curtius, Lehrb. d. Sächs. R. § 836. not. m. (II. 2. S. 580).

36) Glück, Erl. d. P. XVII. § 1030. S. 85 flg. Treitschke, d. L. v. Kaufe. S. 260.

37) D. d. fam. herc. fr. 23. Westphal, d. L. v. d. einzelnen Vermächtnißarten. § 772. (S. 468).

übrige Vermögen des Adscendenten angesehen und ihm die Befugniß entzogen wurde, die testamentarischen oder sonstigen Dispositionen des Adscendenten über ersteres als inofficios anzufechten [38]).

Ein Zweifelsgrund könnte auch für das vaterländische Recht aus der Bestimmung der **const. El. 35. P. II.** abgeleitet werden, wornach, „wenn ein Vater eine Tochter ausgesteuert, die eidlich Verzicht gethan und der Vater wäre darnach reicher geworden" sie den Verzicht wegen **laesio enormis** nicht anfechten dürfe, da „des Eides und des Gewissens halben" „der Eid der Läsion vorzuziehen", indem man daraus schließen könnte, daß, ohne die heilende Kraft des Eides, die Tochter in diesem Falle „**ex augmento** fernere Anforderung haben sollte."

Es ist auch in neuerer Zeit wiederholt [39]) behauptet worden, daß aus der **const. El. 35. P. II.** nicht nur nicht folge, daß zu der Giltigkeit des Verzichts der ausgesteuerten Tochter auf die väterliche Erbschaft der Eid erforderlich, sondern vielmehr in jener Constitution nur entschieden sei, daß der eidliche Erbverzicht der ausgesteuerten Tochter, wie jeder andere eidliche Verzicht und Vertrag, wegen **laesio enormis** nicht angefochten werden könne; es sei daher auch nach jener Constitution der Erbverzicht der dotirten Tochter ohne Weiteres giltig, und könne, wie man **e contrario** schließen möchte, ein unbeschworener Erbverzicht **ob laesionem enormem** rescindirt werden.

Allein diese Ansicht läßt sich im Allgemeinen nicht rechtfertigen und insbesondere muß auch bei Erklärung jener Constitution für das damalige Recht angenommen werden, daß zu dem Verzichte der ausgesteuerten Tochter auf die väterliche Erbschaft, wenn die erhaltene Aussteuer der gesetzlichen **legitima** nicht gleichkommt, der Eid der Tochter unbedingt nothwendig ist, wie sich aus Folgendem ergeben wird.

---

38) Mevius, comment. ad art 33. T. II. L. 2. jur. tubec. Nr. 129. Pufendorf, obs. jur. univ. III. obs. 10. „Neque conveniens est, ut duplicem legitimam petere possint."

39) Vergl. insbesondere Gottschalk, disc. for. I. 13. Hänsel, in s. Ausgabe von Curtius, Handb. d. Sächs. Civ. R. § 833.

Bekanntlich galt nach Römischem Rechte der Grundsatz, daß eine Tochter, welche in Rücksicht auf die erhaltene dos auf ihr Erbrecht an dem einstigen Nachlasse des Vaters Verzicht geleistet hat, nichts destoweniger, und selbst wenn ihre legitima gedeckt sein sollte, ihr Intestaterbrecht geltend machen und ein entgegenstehendes Testament, in welchem sie nicht ehrenvoll als Erbin eingesetzt ist, anfechten kann [40]). Das Canonische Recht änderte diese Bestimmung nur insoweit ab, daß, wenn die Tochter eidlich verzichtete, wegen der durch den Eid hervorgerufenen Verbindlichkeit, welche hier — nach den über den Eid angenommenen Grundsätzen — mehr als die lex civilis zu berücksichtigen ist, der Erbverzicht verbindliche Kraft habe, während man im Allgemeinen das Verbot der Erbverzichte fortdauern ließ.

Das Verbot der Erbverzichte mit der Canonisch-rechtlichen Limitation galt als gemeines Recht und ging in die Praxis von der Zeit des Eindringens des Römischen und Canonischen Rechts um so mehr über, als auch von angesehenen Juristen [41]) die Stelle des Sächsischen Landrechts (I. 13.), wo von der Verlobung der Söhne und Töchter auf die väterliche Erbschaft gehandelt wird, so erklärt wurde, als ob sie von dem Geschäfte im Allgemeinen, nicht auch dessen Form handele, so daß das gemeine Recht nicht ausgeschlossen werde — eine Ansicht, die sich aber schwerlich rechtfertigen läßt, schon wenn man bedenkt, daß den Notherben eben der Eid in dieser Stelle nachgelassen wird, um die behauptete Existenz eines (außergerichtlichen) Erbverzichts zu widerlegen. Es genügt aber für unsern Zweck die Gewißheit, daß die Erbverzichte der ausgesteuerten Töchter auf die väterliche Erbschaft ohne eidliche Bestärkung nicht als rechtsverbindlich angesehen wurden, und über die von einigen Juristen hierbei gemachten Ausnahmen eine bestimmte, feste Praxis sich nicht gebildet hatte [42]).

---

40) D. de suis et leg. her. fr. ult. — C. de collat. c. 3.

41) Vgl. insbesondere Pistoris, quaest. jur. IV. qu. 5. — A. M. ist Carpzov, jurispr. for. II. c. 35. d. 8.

42) Vgl. Beseler, Thl. II. S. 141 flg.

Die Verfasser der Consultationen, welche dem Römischen und Canonischen Rechte nur zu oft den Vorzug vor den nationalen Rechtsgewohnheiten und Ansichten einräumten, sind nun ebenfalls der Ansicht, daß der unbeeidigte Verzicht der ausgesteuerten Tochter auf die väterliche Erbschaft im Allgemeinen keine verbindliche Kraft habe und der Eid zu der Form des Geschäfts gehöre.

So sagen dieselben [43]): „denn wenn solche simplex renunciatio bei des Vaters Leben geschehen, so bindet sie die Tochter nicht nach des Vaters Tode, das supplementum ihrer legitimae zu bitten, es sei denn, daß sie vermittels Eides Verzicht gethan." Ferner in qu. 4. n. 16. [44]) (wo über die durch unsere Constitution entschiedene Frage gehandelt wird) heißt es: „In obberührten und allen anderen Fällen, da das Recht praestationem juramenti, als in teste, item in filia renunciante, item in judice pro forma erfordern, — quia quando lex aliquid praescribit pro forma, etc."

Zur Vervollständigung dieser Erörterung wird nur hier noch zu zeigen sein, daß auch der Context der Constitution mit der hier gewonnenen Ansicht nicht in Widerspruch tritt. Allerdings gewinnt es den Anschein, daß die Erbverzichte der ausgesteuerten Tochter deßhalb ohne eidliche Bestärkung giltig sein mußten, weil diese Verzichte mit anderen Verzichten, zu deren Form unbestritten der Eid nicht gehört, zusammengestellt und bei beiden aus dem Vorhandensein der eidlichen Bestärkung gleichmäßig materielle Wirkungen — nämlich Ausschluß der Klage wegen erlittener laesio enormis — hergeleitet werden („da der Eid der Läsion vorzuziehen," — „des Eides und des Gewissens halben").

Allein auch dieser Zweifel schwindet, wenn man die damalige Praxis und ihre Ansicht von den Erbverzichten in's Auge faßt [45]). Man behandelte diese Erbverzichte, indem man

---

43) P. I. qu. 3. (an ex feudo novo filiae competat legitima) n. 19. (ex edit. Mindani pg. 7).

44) Mindan. pg. 10.

45) Die Ansichten der damaligen Praxis ergeben sich hauptsächlich

den Satz zu Grunde legte: „dos succedit loco legitimae et legitima est juris positivi", ganz wie gewöhnliche Verzichte, nur daß man zu ihrer Förmlichkeit den Eid forderte. Man ging dabei von der Ansicht aus, daß, wenn auch einer Rescission derselben aus den bei Verträgen überhaupt nachgelassenen Gründen die Kraft des Eides entgegenstand, dennoch dieser Eid relaxirt und der Verzicht selbst rescindirt werden könnte, wenn ausreichende Rescissionsgründe vorhanden seien. Zu diesen rechnete nun ein großer Theil der Juristen auch die laesio enormis und zwar theils die, welche schon bei der Ausstattung der Tochter in Rücksicht auf den Bestand des väterlichen Vermögens vorhanden war, theils die, welche sich später durch die eingetretene Vermehrung des letzteren herausgestellt hatte. Man relaxirte hier oft den Eid und zwar, weil man ohne Weiteres im ersteren Falle einen dolus annahm, im letzteren aber, quia jurans non videtur sensisse de tali enormi laesione nec hic casus a filia jurante potuit cogitari [46]), ja das Reichskammergericht gab in diesen Fällen, selbst ohne vorherige absolutio a juramento, Restitution, da ein solcher Eid captiosum, injustum et contra bonos mores juris canonici, et sic non obligatorium [47]) sei. Da nun gewöhnlich bei diesen Erbverzichten zu Gunsten der Söhne eine übermäßige Verletzung der Töchter wohl zu Grunde lag [48]) und nach den damaligen Zeitverhältnissen wohl auch beabsichtigt wurde, so waren allerdings diese Erbverzichte leicht zu rescindiren, wenn man die Ansicht, daß die laesio enormis ein ausreichender Rescissionsgrund sei, befolgte.

Dieser Ansicht aber traten die Verfasser der Consultationen und der Gesetzgeber nicht bei, weil sie es aus religiösen Gründen „des Gewissens halber" bedenklich fanden, „die Läsion dem Eide vorzuziehen."

---

theils aus dem darüber in P. I. qu. 3. 4. der Consultationen Gesagten, theils aus consil. Marpurg. Vol. IV. cons. 30. Gaill, pract. observatt. II. obs. 147. und Pistoris, l. l. Vgl. auch Carpzov, a. a. O. c. 35.

46) Consultat. l. l. qu. 4. n. 2. 8.

47) Gaill, l. l.

48) Gaill, l. l.

Dieselbe Frage mußte aber bei allen anderen eidlichen Geschäften wiederkehren und die im Canonischen Rechte geltend gemachte heilende Kraft des Eides in Zweifel gestellt werden.

Daher entschied man sich überhaupt ohne weitere Distinction dafür, daß „geschworene Verzicht, Verträge oder Handelung gehalten und wegen obgedachter laesion nicht hinterzogen werden sollen."

Keineswegs hatte man also bei Abfassung dieser Constitution die Absicht, zu bestimmen, ob der Eid zur Form des Erbverzichts der ausgesteuerten Tochter gehöre, — denn darüber war gar kein Streit vorhanden, — sondern nur, aus welchen Gründen und namentlich ob wegen laesio enormis ein eidliches Geschäft, trotz der verbindlichen Kraft des Eides [49]), rescindirt werden könne. Bei dieser Frage kam es mithin gar nicht in Berücksichtigung, ob zur Giltigkeit des in Frage befangenen eidlichen Geschäfts der Eid erforderlich gewesen ist oder nicht.

Hierbei mögen noch eine Ansicht der Consultationen und eine Ansicht Carpzov's berichtigt werden:

Die Verfasser der Consultationen sagen nämlich, daß eine ausgesteuerte Tochter selbst dann auf das spätere augmentum des väterlichen Vermögens Anspruch haben solle, wenn sie ohne Eid verzichtet habe. Es ruht diese Ansicht auf dem Satze: dos succedit loco legitimae, wobei man aber, seltsam genug, diese legitima nach der Zeit der Aussteuerung berechnete. Allein, wie diese Ansicht nur von Wenigen, wie Boer, decis. n. 62., getheilt wird, so ist auch in der Constitution hierfür kein Anhalt, indem, wenn man die Ansicht der Consultationen für richtig hielt, es natürlich nicht erst einer Verwerfung der Ansicht, daß ein eidlicher Verzicht der Tochter sie von dem späteren augmentum nicht ausschließe, bedurft hätte.

Noch unhaltbarer ist die Ansicht Carpzov's [50]), daß der Eid zu relaxiren sei, wenn die Tochter eine dem Bestande des väterlichen Vermögens (zur Zeit der Aussteuerung) nicht angemessene Mitgift erhalten habe, indem er sich darauf bezieht, daß

---

49) Carpzov, l. l. def. 3. 50) def. 5.

der Gesetzgeber die Relaxation auch nachgelassen habe „in anderen wichtigen Umständen, welches in guter vernünftiger Bescheidenheit stehet.“ Man kann wohl fragen, was für Fälle, wenn man diesen ausnimmt, nun noch zu der überdieß ganz allgemein gehaltenen Regel, daß wegen laesio enormis der Eid nicht zu relaxiren sei, gehören sollen.

Hierdurch gewinnen wir jedoch für das heutige Recht keine so zweifellose Basis.

Allerdings soll bei der Interpretation eines Gesetzes und hierdurch auch bei dessen Anwendung auf die Absicht des Gesetzgebers mit zurückgegangen werden, und die Ansichten desselben, so weit sie unmittelbar das Gesetz selbst näher bestimmten, werden hierbei, selbst wenn sie auf Rechtsirrthümern beruhen, bedeutende Rücksicht finden müssen.

Allein dieses ist hier gar nicht der Fall. Das Gesetz ist in seiner Fassung völlig klar, und die Absicht des Gesetzgebers: „jeder eidliche Vertrag kann wegen enormer Verletzung nicht angefochten werden,“ über jeden Zweifel erhoben. Seine Ansicht, daß der Erbverzicht der filia dotata nicht ohne eidliche Bestärkung zu Recht beständig sei, ist zwar nicht ohne jeden Einfluß bei Erlassung des Gesetzes, wohl aber ohne Einwirkung auf dasselbe geblieben. Ersteres nicht, weil außerdem und wenn die Hauptfrage selbst zweifelhaft gewesen wäre, der Gesetzgeber wohl zuvörderst diese, wodurch die Giltigkeit des Geschäfts selbst afficirt wird, und nicht eine Nebenfrage, welche nur eine Wirkung des Geschäfts betrifft, entschieden haben würde. Allein die Entscheidung selbst ist von jener Rechtsansicht nicht abhängig, nicht von ihr bestimmt worden. Heutzutage wird gewöhnlich angenommen, daß ein Erbverzicht der filia dotata, wie jeder Erbverzicht, auch ohne eidliche Bestärkung gelte, — also die entgegengesetzte Ansicht. Nichtsdestoweniger kann auch mit und neben dieser Ansicht der in jener Constitution enthaltene Satz bestehen: der eidliche Erbverzicht kann wegen laesio enormis nicht angefochten werden. Es ist in jener Constitution ein materieller Rechtssatz entschieden worden, — die Formfrage blieb unberührt und nur auf diese bezog sich jene Rechtsansicht des Gesetzgebers.

Nun scheint es aber bedenklich, einer solchen von entscheidendem Einflusse auf das Gesetz nicht begleiteten Rechtsansicht des Gesetzgebers eine solche Wirkung beizulegen, daß die spätere Praxis, auch nachdem sie diese Ansicht als irrig erkannt hat, unbedingt an dieselbe, gleich wie an eine scripta lex oder deren nothwendige Folgen gebunden sei. Es würden sich aus der damaligen Praxis noch viele Rechtssätze auffinden lassen, welche damals unzweifelhafte Geltung hatten und nicht ohne Einfluß bei Emanirung der Gesetze waren, dennoch aber heute auch von den Spruchbehörden, trotz der fortdauernden Giltigkeit dieser Gesetze, nicht mehr berücksichtigt und verworfen werden.

Man wird daher, für das heutige Recht, nicht gehindert sein, anzunehmen, daß Erbverzichte, gleichviel von wem sie geschlossen werden, zu ihrer Giltigkeit der eidlichen Bestärkung nicht bedürfen.

Allein auch auf der anderen Seite, eben da man sich bei Erlassung der Constitution über die rechtliche Natur der Erbverträge und Erbverzichte nicht aussprach, vielmehr dieselben an sich wegen der Bestimmung des Römisch-canonischen Rechts nicht anerkannte, ist es heutzutage lediglich doctrineller Erörterung anheimgegeben, ob ein Erbvertrag überhaupt und ein Erbverzicht insbesondere wegen laesio enormis rescindirt werden könne. Und es dürfte daher nach den obigen Erörterungen zweifellos sein, die Frage zu verneinen.

Die Fälle, in welchen der Notherbe ausdrücklich auf sein Erbrecht verzichtet oder einem zu Gunsten eines Dritten mit diesem von seinem Erblasser geschlossenen Erbvertrage beitritt, bedürfen nach Obigem keiner weiteren Erklärung.

Es fragt sich nur, ob den Notherben in diesen Fällen annoch dann, wenn der Erblasser über den durch den Verzicht disponibel gewordenen Theil seines Vermögens nicht disponirt hat, denselben nach den Regeln über die Intestaterbfolge, so daß sie die entfernteren Verwandten davon ausschließen, zu beanspruchen berechtigt sind, oder aber ob der Verzicht als ein unbedingter anzusehen ist, so daß sie nur erst in Ermangelung anderer successionsfähiger Verwandten, denen sie nachstehen, zur Erbfolge gerufen werden können.

Die erstere Ansicht scheint deßhalb den Vorzug zu verdienen, weil eines Theils Verzichte streng auszulegen sind, anderen Theils weil man darin, daß der Erblasser von jenem Rechte der freien Gebahrung keinen Gebrauch gemacht hat, die Willensäußerung desselben finden könnte, in Betreff der Succession in seinen Nachlaß die reine Intestaterbfolge (ohne Ausschluß des Verzichtleistenden) eintreten lassen zu wollen. Allein die zweite Ansicht dürfte doch in den Fällen, wo nicht besondere factische Momente zur Annahme der gedachten Willensäußerung nöthigen, den Vorzug verdienen. Denn eines Theils kommt es bei Beurtheilung der Wirksamkeit eines Erbverzichts, wie jedes Verzichts, weniger auf den Gebrauch, den der Erblasser von den ihm hieraus erwachsenen Rechten macht, als vielmehr darauf an, auf welches Recht eben Verzicht geleistet worden ist, und es kann darin allein, daß der Acquirent von dem ihm durch den Verzicht angefallenen Rechte keinen Gebrauch gemacht hat, noch kein Grund gefunden werden, anzunehmen, daß der Renunciant wiederum nach dem Willen des Ersteren zu dem aufgegebenen Rechte zurückgehen könne (ad jura renuntiata non datur regressus nisi consentiente eo, cujus in favorem renuntiatum). Der Erbe verzichtet auf sein Erbrecht; dieser Verzicht ist nicht davon bedingt, daß nunmehr der Erblasser ausdrücklichen Gebrauch von dem in diesem Verzichte für ihn liegenden Rechte mache; er ist nunmehr gleich einem Enterbten, der für bereits gestorben anzusehen. Anderen Theils aber läßt sich daraus, daß der Erblasser ohne Disposition über sein Vermögen gestorben, nicht so ohne Weiteres der Schluß ziehen, daß er die reine Intestaterbfolge habe eintreten lassen wollen, indem er auch beabsichtigen konnte, zwar die Intestaterbfolge, aber mit Rücksicht auf den Verzicht eintreten zu lassen, indem er die übrigen Intestaterben, welche er hinterläßt, zur Succession nach der gesetzlichen Ordnung gelangen lassen will. Streng genommen, und da der Fiskus immer vorhanden ist, kann daher der Erbe, welcher durch Vertrag auf sein Erbrecht verzichtet hat, niemals zur Succession ex lege gelangen. Allein man hat hier, um die Succession des Fiskus nicht zu begünstigen, den Ausschluß des Verzichtenden auf das Vorhanden-

sein successionsfähiger Verwandten zu beschränken, und es ist namentlich durch das Erbfolgegesetz vom 31. Januar 1829 § 79 flgg. bestimmt worden, daß ein Ehegatte, wenn über seine Erbfolge und, so viel den Pflichttheil betrifft, mit seiner Einwilligung etwas Anderes bestimmt worden ist, als ihm nach dem Gesetze gebührt, nur dann zur Succession in den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten gerufen wird, wenn dieser ab intestato gestorben und nur Verwandte des 7ten oder entfernterer Grade oder gar keine Verwandten hinterlassen hat [51]).

Sind die Descendenten des gegen ein Aequivalent oder pure verzichtleistenden Notherben oder des Vertragserben, dessen Legitima, sei es schon zur Zeit des Vertrags, sei es zur Zeit des Todes des Erblassers, durch den Vertrag als verletzt erscheint, an diesen Erbvertrag gebunden, wenn der Notherbe vor dem Erblasser stirbt? [52]). Die Frage ist wohl zu verneinen, da auch für Erbverträge der Satz gilt: viventis hereditas non datur, und die Descendenten des Notherben, wenn sie bei dem Ableben des Erblassers dessen nächste Erben sind, ex jure proprio, nicht aber als Erben ihres Erblassers zur Succession gerufen werden [53]). Jener Verzicht konnte immer nur unter der Voraussetzung gedacht werden, daß dem Verzichtenden das Recht, auf das er verzichtete, einst wirklich, ohne diesen Verzicht, angefallen sein würde. Traten daher diejenigen Verhältnisse gar nicht ein, bei deren Existenz allein ihm das Recht, auf das er verzichtete, anheimgefallen wäre, so lös't sich jener Verzicht von selbst, und es können diejenigen, welche, wenn er über ein

---

51) Im Gesetze ist allerdings nur auf die §§ 80. 81. Bezug genommen worden, in welchen Fälle aufgeführt werden, wo der Ehegatte gegen ein Aequivalent auf den Nachlaß des anderen Ehegatten Verzicht geleistet hat. Allein, wie diese Fälle nur Beispiele enthalten, so ist auch die geltend gemachte Wirkung der Erbverzichte auf beide Arten derselben von selbst anwendbar.

52) Die Literatur s. bei Hänsel, in s. Ausg. d. Curtius'schen Handb. § 836. not. i. (II. 2. S. 578). — Die in § 111. des Erbgesetzes enthaltene Bestimmung gehört nicht hierher, da dieselbe von einer bereits (ex lege) angefallenen Erbschaft spricht.

53) Mühlenbruch, Comment. XXXVIII. S. 90.

schon in seine Disposition wirklich übergegangenes Recht, nicht mehr über eine bloße spes sich renuncirend ausgesprochen, diesen Verzicht anerkennen mußten, nicht hierzu dann genöthigt werden, wenn jenes Recht auch ohne Verzicht gar nicht realisirt worden wäre, vielmehr dasselbe pure auf sie selbst übergegangen ist. Der Notherbe, welcher einen acquisitiven Erbvertrag mit seinem Erblasser abgeschlossen, hat ebenfalls nur über ein einstiges Recht paciscirt. Allein, insoweit die Legitima verletzt ist, kann von einem auch die Descendenz bindenden Vertrage nur dann die Rede sein, wenn er über sein Erbrecht ohne Rücksicht auf dieselbe verfügen konnte. Dieß kann aber nur dann geschehen, wenn die Descendenz nicht ex jure proprio, sondern nur ex j. ascendentis das Erbrecht beanspruchen kann. Die Descendenten des Notherben sind daher vermöge dieses selbstständigen Rechts allerdings berechtigt, bei der Succession in die ihnen ex lege zugefallene großväterliche Erbschaft zu erklären, daß sie den von ihrem Adscendenten geschlossenen Erbvertrag als für sich verbindlich nicht ansehen wollten.

Nach der hier entwickelten Ansicht würde daher die im Eingange dieser Abhandlung mitgetheilte Klage abzuweisen gewesen sein, jedoch, gleichviel ob man dieser Ansicht oder der des Oberappellationsgerichts folgt, würde es auch keinem Zweifel unterliegen, daß die Klägerin, dafern durch jenen Erbvertrag ihre Legitima verletzt worden wäre, berechtigt gewesen, ihre Legitima von dem vollen Bestande des Nachlasses, ohne Rücksicht auf den Erbvertrag, zu fordern und von den Miterben einzuklagen.

Dagegen war sie selbst als Vertragserbin ein Mehreres als die Erbportion ihres Vaters zu beanspruchen nicht berechtigt, da ein Accrescenzrecht bei den Erbverträgen im Zweifel nicht stattfindet.

In der Klage war die Vertragserbschaft auf den Nachlaß mit Ausschluß der 8000 Thlr. —= —= angenommen worden, und es wurde daher in dem Erkenntnisse des dritten Senats des O.=A.=G.= ausgesprochen, daß die zur Disposition vorbehaltenen 8000 Thlr. —= —, nicht zu dem Theile des Nach=

lasses zu rechnen, auf welchen sich der Erbvertrag beziehe, sondern davon in Abzug zu bringen seien.

Ob und wie viel Klägerin von diesen 8000 Thalern, angenommen, daß das Vertragserbrecht ihres Vaters auf sie vollständig übergegangen war, erhalten kann und soll, kam aus formellen Gründen nicht zur Entscheidung.

Es liegt in der Natur der Sache, daß das Testament der Wittwe sich nur auf diese 8000 Thaler, so wie — nach den oben entwickelten Grundsätzen — auf die durch den Wegfall des Stiefsohns an sie zurückgefallene Erbportion desselben beziehen kann, obgleich sie selbst, der Fassung des Testaments nach zu urtheilen, anderer Meinung gewesen zu sein scheint. Die Klägerin war, da sie ex pacto succediren wollte, nicht berechtigt, einen Pflichttheil zu fordern. Wenn die Wittwe nichtsdestoweniger ihr einen solchen hinterließ, so kann hierunter nur so viel verstanden werden, daß ihr von der zur letztwilligen Disposition gehörigen Summe von 8000 Thalern —:— und der gedachten Erbportion ein solcher Theil zukommen solle, als ihr Pflichttheil betrüge, wenn er nach einem Nachlaßbestande von 8000 Thlrn. —:— und der beregten Erbportion berechnet werden müßte. Da jedoch dieser angebliche Pflichttheil nicht die rechtliche Natur einer Legitima hat, vielmehr lediglich von dem freien Willen der Testatrix abhing, so kann sich die Klägerin nicht über den angeordneten Abzug einer (fälschlich sogenannten) Collationspost beschweren.

Daß jedoch die Klägerin, gleich wie die übrigen Vertragserben, als Universalerbin anzusehen und keineswegs berechtigt ist, die Nachlaßschulden von den 8000 Thalern unter verhältnißmäßiger Kürzung der Legate zu bezahlen, bedarf nicht erst der Erörterung.

Zum Schlusse theilt der Verfasser die in einem Rechtsstreite über eine eines Theils als singulären Erbvertrag, anderen Theils als Schenkung auf den Todesfall angesehene Disposition gesprochenen Erkenntnisse mit und erlaubt sich in Betreff der Frage: wie unterscheidet sich die Schenkung auf den Todesfall von dem Erbvertrage einer- und der Schenkung unter Lebenden andererseits? auf seine in der Leipziger Zeitschrift für

Rechtspfl. u. Verwaltung. Neue Folge. I. 2. aufgenommene Erörterung sich zu beziehen.

A. forderte aus dem Nachlasse des B. von dessen Erben, dem C., 2000 Thlr. —= —= und bezog sich in der Klage auf mehrere Willenserklärungen, durch welche B. ihm diese Summe ausgesetzt, indem er 1) im Jahre 1833 mehrere Male gegen ihn, Kläger, erklärt habe, daß dieser nach seinem Tode aus seiner Verlassenschaft ein paar Tausend Thaler erhalten solle, auch 2) den 28. December desselben Jahres, als an seinem Todestage, diese Erklärung unter näherer Bestimmung der Klägerm zugedachten Summe auf 2000 Thlr. wiederholt, endlich noch 3) an demselben Tage ein mündliches Testament vor 7 Zeugen errichtet und darin Klägerm 2000 Thlr. als ein Vermächtniß ausgesetzt habe. In Ansehung der beiden ersteren Erklärungen ist zugleich in der Klage jedesmal angeführt, daß solche vom Kläger ausdrücklich angenommen worden. Beklagter stellte alle diese Angaben in's Nichtwissen, und es ward hierauf in erster Instanz auf den Beweis der beiden letzteren gesprochen, wogegen die erste auf den Eid gestellte Angabe als zu generell erachtet wurde. Man ging — so viel die zweite Angabe anlangt — hierbei von der von Schirach im Arch. f. d. civ. Pr. II. no. 31. vertheidigten Ansicht aus, daß Schenkungen auf den Todesfall, wozu die sub 2. geltend gemachte Schenkung gehöre, in dem heutigen Rechte als Erbverträge angesehen und daher auch nach den von diesen geltenden Bestimmungen, namentlich in Betreff der Förmlichkeiten, beurtheilt werden müßten, so daß die in c. 4. C. VIII. 57. zur Giltigkeit einer Schenkung auf den Todesfall erforderte Zuziehung von 5 Zeugen ohne Nachtheil wegfallen könne.

Anderer Ansicht aber war man in Betreff der sub 2. gedachten Schenkung in der zweiten Instanz, wo man dieselbe aus dem Beweisthema entfernte, und dabei sich dahin, zuvörderst zur Widerlegung der Ansicht des Klägers, daß eine inter vivos donatio vorliege, aussprach: „die Widerruflichkeit ist bekanntlich wesentliche Eigenschaft einer Römischen donatio mortis causa, und eine solche würde, unwiderruflich gedacht, aufhören zu sein, was sie ist, und als gewöhnlicher Schenkungsvertrag, donatio inter vivos genannt, sich darstellen. Allein

in den Pandekten wird gleichwohl diese Widerruflichkeit nirgends als das allein oder hauptsächlich entscheidende Merkmal der Schenkung auf den Todesfall, anderen Schenkungen gegenüber, sondern überall nur als etwas sich von selbst Verstehendes, schon durch den Begriff dieser Art Schenkungen, als einer Gattung letzten Willen, Gegebenes erwähnt, und das Wesen der **donatio mortis causa** vielmehr in das, was ihr Name ausspricht, in die dabei genommene Hinsicht auf den Todesfall und in den erklärten Willen, daß das Geschenkte erst nach dem Ableben des Schenkgebers Eigenthum des Schenknehmers werden solle, gesetzt.

So wie daher eine Schenkung unter Lebenden durch die etwa auf Lebenszeit dabei vorbehaltene Widerruflichkeit keineswegs in eine Schenkung auf den Todesfall verwandelt wird, sobald nur die Absicht auf sofortigen Uebergang des Eigenthums gerichtet war, so gehört auch zum Wesen der **donatio mortis causa** keineswegs, daß die Widerruflichkeit ausdrücklich bedungen worden, sondern es genügt dazu, daß die Uebertragung des Eigenthums nach dem Tode des Schenkgebers, die Anweisung auf seinen Nachlaß, in dessen Absicht liege, und vielmehr ist der hierdurch dem Geschäfte aufgedrückte Charakter der Schenkung Todes halber nur durch ausdrückliches Bedingen der Unwiderruflichkeit aufzuheben.

Es kann daher bei der libellirten Schenkung, welche vom **Defunctus** nach Inhalt der Klage ausdrücklich darauf gerichtet sein soll, daß Kläger nach seinem Tode „aus seiner Verlassenschaft" 2000 Thlr. —: —: erhalten solle, von der sonst wohl angenommenen Präsumtion für die **donatio inter vivos** weiter nicht die Rede sein, wie denn diese Präsumtion überhaupt nichts als der Ausdruck des Sachverhältnisses ist, nach welchem eine Schenkung von Todeswegen da, wo vom Tode oder Nachlasse gar nicht die Rede gewesen, nicht angenommen werden kann.

Fällt also die geklagte Schenkung unter den Begriff der **donatio mortis causa**, so müssen auch die Vorschriften Justinian's in der **c. 4. C. de donatt. m. c.** (8. 57.) auf sie angewendet werden. Der oben erwähnten neueren Ansicht, welche

die Schenkungen auf den Todesfall als Erbverträge betrachten und in dem Vorzuge, welcher dem einheimischen Rechte im Allgemeinen vor dem recipirten fremden gebührt, einen Grund finden will, dem gedachten Gesetze die Anwendbarkeit abzusprechen, steht das Bedenken entgegen, daß letzteres seit der allmähligen Reception des Römischen Rechts als giltig und verbindlich betrachtet und unverrückt befolgt worden ist, wovon die Schriftsteller über das Römische Recht und sehr zahlreiche rechtliche Entscheidungen aus allen Deutschen Gerichten und Dikasterien den Beweis liefern. Für Sachsen sind sogar Landesgesetze vorhanden, welche von den Römischen Vorschriften über die Schenkungen auf den Todesfall nur Ausnahmen festsetzen, mithin sie im Uebrigen stillschweigend als Regel anerkennen.

Alles dieses spricht also für die Beobachtung der Römischen Vorschriften bei den Schenkungen auf den Todesfall, wogegen die Vertheidiger der erwähnten neueren Meinung nur die Consequenz, welche eine verschiedene Beurtheilung dieser Schenkungen und anderer successorischen Verträge nicht gestatte, anzuführen wissen. Wenn aber das Deutsche Institut der Erbverträge sich neben dem Römischen Rechte, welchem sie fremd sind, im Allgemeinen erhalten hat, so ist damit wohl vereinbar, daß man mit der Aufnahme des Römischen Rechts an dessen ausdrückliche und gemessene Bestimmungen über ein Rechtsgeschäft, dessen zwischen Vertrag und Letztwillen in der Mitte liegende Natur den Römern selbst zweifelhaft war (c. 4. C. cit.), sich gebunden gehalten hat. Daß dieß bis auf die neuesten Zeiten der Fall gewesen ist, kann Niemand leugnen, und es ist ganz gleichgiltig, ob man hierbei eine Ausnahme von den Deutschen Grundsätzen über Erbverträge zuzulassen geglaubt, oder die Schenkungen Todes halber gar nicht zu den Erbverträgen gerechnet hat."

III.

Ueber die bona fides bei der erwerbenden Verjährung der Dienstbarkeiten.

Der Verfasser bekennt sich ebenfalls zu der bereits von Anderen [1]) hinreichend fundirten Ansicht, daß die bona fides, wie solche zur Begründung des Usucapionsbesitzes und bei der praescriptio longi temporis erforderlich ist, ohne Existenz eines gerechten Titels, welcher als das Fundament der bona fides anzusehen ist, nicht gedacht werden kann, obgleich, auf der anderen Seite, der justus titulus nicht nothwendig stets von der bona fides des Besitzerwerbenden begleitet ist. Eben dadurch wird aber auch die bona fides des Besitzerwerbenden recht eigentlich die Hauptbedingung für die conditio usucapiendi; jener justus titulus, wie man ihn genannt hat, und der mit dem zum Eigenthumsübergange erforderlichen Titel nicht schlechterdings zusammenfällt, wird durch die bona f. erst vervollständigt, und durch dieselbe das dem Besitzer unbewußt vorwaltende Hinderniß des Eigenthumüberganges in concreto, welcher im Allgemeinen dem Titel in abstracto beigelegt zu werden pflegt, dergestalt beseitigt, daß hierdurch ein factisches, das Nichtwissen des Besitzers gleichsam legitimirendes Verhältniß entsteht, durch dessen Fortdauer jenes Recht begründet wird, welches der Besitzer schon im Anfange des Besitzes mit diesem erworben zu haben irrthümlich glaubte. Aber eben daraus folgt auch, daß man nicht, wie geschehen [2]), sagen kann, daß bona fides und gerechter Titel ein Erforderniß bildeten, da sie sich nicht noth-

---

1) Möllenthiel, üb. die Natur d. gut. Glaubens. S. 13 fgg. Unterholzner, Verjährungsl. I. § 93. S. 321.

2) Möllenthiel, a. a. O. S. 27. not. 73.

wendig correspondiren, sondern nur gegenseitig sich ergänzen, um in ihrem Zusammentreffen die conditio usucapiendi herbeizuführen. Ebenso wenig läßt sich behaupten, daß die possessio justa in der Usucapionslehre nur als die Negation der drei Besitzmängel anzusehen sei, in diesen letzteren aber die Entstehungsarten der mala fides begriffen würden [3]), indem sowohl der titulus justus ein wirkliches, positives Factum, welches mehr Eigenschaften, als die Abwesenheit jener drei Mängel, erfordert, als auch die bona fides nicht schon bei dem Mangel dieser Fehler vorhanden ist. Der Satz bedarf wohl nicht des Beweises.

Die bona fides ist ein Ausfluß des Urtheilsvermögens, etwas Subjectives, an sich rein der Person adhärirend; sie gründet sich zwar auf gewisse, ihr vorausgehende Thatsachen, jenes sachliche Verhältniß, dessen Erzeugniß oder vielmehr der Inbegriff derselben der justus titulus ist, aber sie ist nicht die nothwendige Folge und von subjectiven Einflüssen, wie derselbe, nicht unabhängig. Diese subjective Eigenschaft der bona fides tritt jedoch bei der Usucapion sehr in den Hintergrund; sie zeigt sich nur bei Beurtheilung des Irrthums in Bezug auf den Titel; im Uebrigen wird ja überhaupt die bona fides nur beim Anfange des Usucapionsbesitzes, den sie hierdurch charakterisirt, von entscheidender Wichtigkeit. Ist durch das Zusammentreffen des justus titulus und der bona fides der Besitz sofort bei seinem Anfange charakterisirt, so entscheidet nunmehr lediglich das rein äußerliche Fortbestehen des Besitzes, verbunden mit dem animus domini,— die opinio domini wird unwirksam. Nur aber die letztere, nicht auch der erstere ist die nothwendige Aeußerung der bona fides; ersterer besteht neben objectiven Mängeln des Besitzes, selbst bei deren Kenntniß, nicht auch die letztere, die, streng nach ihrer subjectiven Natur, selbst dann verschwindet, wenn der Besitzende irrigerweise ein objectives Hinderniß für den Eigenthumsübergang vorhanden glaubte [4]). Ist diese conditio usucapiendi einmal hergestellt, so ruht die Fortsetzung und Vollendung der Usucapion nur auf dem unge-

---

3) Möllenthiel, a. a. O.

4) D. de usurp. fr. 32. § 1.

störten, fortdauernden Besitze; und dieser ist — worauf vorzugsweise aufmerksam zu machen — keine Handlung, noch weniger eine Reihe von Handlungen, durch welche sich jene opinio kund giebt; er ist ein äußerliches, gleichsam träges, ruhiges Fortbestehen eines einmal begonnenen Verhältnisses. Es sind keine Aeußerungen der bona fides, und diese selbst ist daher nicht mehr nöthig. Sind aber Besitzhandlungen erforderlich, so müssen sie auch ihre Rechtfertigung in der bona fides erhalten. Eben das finden wir auch bei den Bestimmungen über den Fruchterwerb durch den bonae fidei possessor [5]), wobei es, für den Gegenstand dieser Bemerkungen, gleichgiltig ist, ob wir jenen auf die fructus naturales nur beschränken wollen. Während die Früchte auf die Dauer ihrer Verbindung mit der Hauptsache durch ihre accessorische Natur mit derselben zugleich usucapirt werden, entsteht durch die Absonderung ein neues Verhältniß, ein neuer Besitz, und die Früchte unterliegen einer neuen Verjährung. Zwar wird auf die Verjährung der Früchte nun die Apprehension der Hauptsache, deren Theil sie bisher waren, und ebenso der hierbei stattgefundene justus titulus mit bezogen, so daß es beider nicht wieder bedarf, allein nicht so die bona fides. Während trotz der späteren mala fides die Usucapion der Sache vollendet wird, ist hier die bona fides zur Erwerbung der Früchte abermals nöthig, und eine in Bezug auf die Fortdauer und Vollendung der Verjährung der Principalsache unschädliche mala fides verhindert hier den Beginn der Besitzung. Bei diesem neuen Besitze, bei dieser Separation, geschehe sie nun, wodurch es auch sei, werden die Bedingungen des Usucapionsbesitzes, soweit sie objectiv sich äußern, supplirt, nur die bona fides, als eine rein subjective Eigenschaft und Aeußerung, muß abermals vorhanden sein. — Eben diese Ansicht findet sich auch da, wo es sich um Besitzübertragung handelt. Während das objective Hinderniß der Usucapion (z. B. Furtivität der Sache) von einem Besitzer auf den anderen unverändert übergeht und weder durch Unkenntniß davon, noch

---

5) Savigny, d. R. d. Besitzes. § 22[a] III. (S. 315 fg. Ed. VI.) Unterholzner, Verjährungsl. § 121. Thl. I. S. 423.

überhaupt guten Glauben gedeckt werden kann, ist der Glaube streng an die Person gebunden und eines Uebergangs nicht fähig [6]). Bei der Universalsuccession kommt es auf den Glauben des die Usucapion fortsetzenden oder beginnenden Erben deßhalb bekanntlich nicht an, weil sein Besitz nur als die ununterbrochene Fortsetzung des von seinem Erblasser begonnenen Besitzes anzusehen ist. Es läßt sich daher nicht behaupten, wie aber oft geschieht, daß der Glaube des Erblassers auf den Erben übergehe, oder daß jener von diesem zu vertreten sei, da sich nun einmal eine solche Succession in die subjectiven Eigenschaften eines Dritten schlechterdings nicht denken läßt, vielmehr ist kein neuer Besitz des Erben vorhanden, und also auch dessen Glauben irrelevant; das Besitzverhältniß ist bereits festgestellt und die durch das Zusammentreffen des Titels und des Glaubens sich bildende causa possessionis dauert fort. Sobald aber eine Besitzhandlung von dem Erben vorgenommen wird, z. B. Einärnten der Früchte des vom Erblasser h. f. besessenen Ackers, wo die Persönlichkeit des Besitzers sich wieder geltend macht, oder der Erbe fängt an, aus einer neuen causa zu besitzen, der zwischen ihm und dem Erblasser bestandene nexus lös't sich mithin, so bedarf es auch nothwendig hier wieder einer Aeußerung des Glaubens.

Es wurde oben, jedoch unter Beschränkung auf die usucapio und die, wenigstens in dieser Beziehung, ihr fast völlig gleichstehende praescriptio temporis die Ansicht geltend gemacht, daß die bona fides ohne titulus nicht bestehen könne. Anders verhält es sich bei der erstinctiven Verjährung dinglicher Klagen, welcher für den Fall eines redlichen Besitzes der Effect einer Acquisitivverjährung von Justinian gegeben worden ist. Hier ist bona fides ohne justus titulus, und der Begriff derselben ist daher weiter zu fassen; sie ist im Allgemeinen nur die

---

6) Durch die Veräußerung einer Sache Seiten des Besitzers im bösen Glauben wird zwar die Sache selbst zur res furtiva, und dieses Hinderniß der Usucapion geht auch auf den Adquirenten bonae f. über; allein deßhalb läßt sich, wie sich von selbst versteht, nicht sagen, daß die mala fides auf den neuen Besitzer übergehe.

Ueberzeugung des Besitzers von der Rechtmäßigkeit seines Besitzes, die Unbekanntschaft desselben mit dem Realrechte des Dritten, und wie diese bona fides einer bestimmten factischen, äußerlich erkennbaren Unterlage nicht bedarf, so tritt hierdurch ihr subjectiver Charakter noch mehr hervor; die Bestimmungen dagegen über die Fortdauer desselben richten sich nach den gewöhnlichen Regeln, eben weil es auch hier nur um eine verschiedene Herstellung der conditio usucapiendi, nicht um eine Aenderung des Besitzverhältnisses in seiner Fortdauer sich handelt.

Was nun die erwerbende Verjährung der Servituten und zwar der Rusticalservituten anlangt, so ist es eine gewöhnliche Behauptung, daß, da ein rechtlicher Besitzgrund nicht gefordert werde [7]), auch einer bona fides es nicht bedürfe, oder man

---

7) Die Literatur in Betreff der Frage, ob b. f. und justus titulus, oder ob wenigstens erstere als Requisit dieser Verjährung anzusehen, so wie ob letztere als eine Anwendung der Eigenthumsverjährung, oder als eine unabhängige Verjährungsart, oder wohl nur als eine consuetudo zu behandeln sei, s. bei Curtius, Handbuch d. Sächs. Civ. Rechts, herausgeg. v. Hänsel. II. 3. S. 130. Es ist hier die gewöhnliche Ansicht, daß die Servitutenverjährung der Eigenthumsverjährung nachgebildet sei, ohne geradezu eine Anwendung derselben zu sein, so wie daß es bei derselben eines justus titulus nicht bedürfe, zur Grundlage genommen worden; die, welche einen Titel hier verlangen, folgern die Nothwendigkeit des guten Glaubens natürlich schon aus diesem. Aber ein solcher ist allerdings hier kaum als erforderlich anzunehmen. Vergl. Unterholzner, II. S. 177 fgg. Nur läßt sich nicht, wie bei Möllenthiel, S. 104, der Titel deßhalb leugnen, weil das Recht bei dieser Verjährung durch die fortgesetzte Ausübung erst entstehe und erworben werde, nicht aber, wie bei der Usucapion, ein Mangel der ursprünglichen Erwerbsart ergänzt und das Recht nur übertragen werde. Denn auch hier läßt sich denken, daß die Servitut a nondomino, den der künftig Berechtigte aber für den dominus hält, bestellt, oder daß bei Veräußerung eines Grundstücks eine diesem angeblich zustehende Gerechtigkeit mit übertragen werde. Allerdings läßt sich in dem letzteren Falle nicht verkennen, daß nicht sowohl eine Besitzübertragung stattfand, sondern erst ein Zustand hergestellt werden mußte, durch welchen der Besitz ausgeübt wurde. — Bessel, üb. d. Erwerbung d. Servit. d. Verjhrg. (Arch. f. d. civil. Praxis XIII.) legt namentlich auf die Worte: diuturno usu et longa quasi possessione in D. si serv. vind. fr. 10. Gewicht, indem der Quasibesitz nicht gleich sein könne mit dem diuturnus usus und sich

hat die sich darbietende Schwierigkeit damit umgehen wollen, daß man sagte: derjenige, welcher ohne die drei Besitzmängel die Besitzhandlungen ausübe, könne unmöglich sich im Bewußtsein einer unrechtlichen Handlung befinden [8]). Beide Argumente sind aber an sich schon nicht haltbar. Daß die bona fides auch ohne thatsächliche Unterlage im Allgemeinen bestehen kann, sahen wir bereits; daß die fehlerfreie Besitzausübung nicht nothwendig im guten Glauben geschehen sein müsse, liegt klar vor [9]). In Consequenz dieser Ansicht würde z. B. der, welcher in den bestimmten Zeiträumen dreimal ungehindert und frei über des Anderen Feld gefahren ist, eine Fahrgerechtigkeit erworben haben, und in kurzer Zeit das ganze Land wie von einem Servitutennetze überzogen sein. Eine entscheidende Stelle über die Nothwendigkeit der bona fides bei der Verjährung der Servituten findet sich zwar nicht [10]), allein sie ist in dem Re-

---

daher auf das Recht zum Besitze nach Analogie der longae possessionis praescriptio bezöge, während dieser die factische Ausübung bezeichne. Allein, abgesehen davon, daß sich eine solche Analogie ohne Weiteres schwerlich rechfertigen lassen möchte (vergl. auch Albert, üb. d. Besitz unkörp. Sachen. S. 120), so geht schon aus D. de itin. actuque priv. fr. 5. § 3. hervor, daß man aus der longa quasi possessio nicht das Recht auf den Besitz folgern kann, indem es daselbst heißt: habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, jene Prärogative also erst eine Folge des Besitzes ist. Allerdings hat die Verjährung der Dienstbarkeiten ziemlich denselben Gang, wie die praescriptio rerum, genommen; aus der schützenden ward eine erwerbende; allein eine unbedingte Gleichstellung findet sich nirgends und kann sich schon bei dem verschiedenen Zwecke nicht finden. Die Servitutenverjährung erscheint vielmehr als eine erweiterte Anwendung der longi temporis praescriptio. S. auch Unterholzner, a. a. O. und insbesondere Thl. II. S. 148, so wie Fuhr, civilist. Versuche. Darmstadt, 1835. S. 19 fgg. Bei der erwerbenden Verjährung der städtischen Prädialservituten, welche in non faciendo bestehen, ist allerdings ein Titel stets erforderlich, allein er ist nicht Erforderniß der Verjährung, sondern Bestandtheil des Quasibesitzes. Hasse, Rhein. Museum. II. S. 431.

8) Conradi, de historia usucapionis. § 17. Möllenthiel, S. 106. Glück, Erl. d. Pand. IX. S. 123, 132. Kori, Th. d. Verjährung. § 75. S. 137.

9) Unterholzner, § 211. Thl. II. S. 179. Albert, a. a. O. S. 164.

10) Unterholzner, a. a. O.

quisite des credidit jure suo se uti [11]) hinreichend ausgesprochen. Es gnügt nicht die Absicht, eine Servitut auszuüben [12]), sondern es muß zu derselben auch die Ueberzeugung

---

11) D. XLIII. 19. fr. 1. § 6. fr. 7. — D. VIII. 6. fr. 25. —

12) Wie Albert, üb. den Besitz unkörperlicher Sachen S. 159 und die daselbst angezogenen Schriftsteller annehmen. Jene Worte: „jure suo uti se credidit" bedeuten in wortgetreuer Uebersetzung: „er glaubte, daß er sein Recht ausübe, sich bei der Ausübung in seinem Rechte befinde." Hierin liegt doch offenbar der Glaube an die Berechtigung zur Ausübung, indem das credere nicht — wie Albert thut — mit einem bloßen velle und jure suo nicht mit „facto, etiamsi injusto, quo alterius jus circumscribitur" verwechselt werden können. Allerdings kann daher der, qui pro alterius servitute usus est, nicht sagen: credidi, jure meo me uti. Zu was diese ganze einfache Erklärung, mit welcher das Fragment völlig befriedigend ist, mit einer dem Sprachgebrauche der Worte e diametro entgegenstehenden Erklärung vertauschen? Und wie kann man von Jemandem sagen: „der Gebrauch stellt sich als Ausfluß einer seinem Grundstücke zustehenden Gerechtigkeit dar" (wie Albert a. a. O. fordert), wenn er gar nicht glaubt, daß seinem Grundstücke diese Gerechtigkeit zustehe? Daß die bona f. auch in D. de itin. fr. 1. § 2. 4. nicht erwähnt wird, — worauf Albert a. a. O. sich beruft — kann hiergegen nichts beweisen, denn auch der „Absicht, eine Servitut auszuüben", wie Albert u. A. dieses credere erkären, wird in diesen Stellen nicht erwähnt, sondern blos des usus, dem diese Absicht nicht ohne Weiteres und nicht nothwendig stets unterliegt, ja in § 4. cit. wird nicht einmal, wie in § 2. cit. gesagt, daß der Besitz nec vi, clam, precario ausgeübt sein müsse, sondern sufficit probare usum fuisse, obgleich der usus vitiosus jedenfalls, wie auch Albert früher zugegeben, immer noch als usus — im Gegensatze der possessio nulla (z. B. die Ausübung ex jure familiaritatis) — anzusehen ist. Ebenso wird in D. de aqua quot. fr. 1. § 20. unter den Erfordernissen, um das interdictum de aqua quot. anzustellen, so wie in der dießfallsigen Formel (fr. 1. pr.) die bona f. nicht mit erwähnt, obgleich dieselbe unstreitig erforderlich war. Wir finden übrigens hier eine treffende Erklärung jenes credidit jure suo se uti, indem es gleichgiltig ist, ob wir credidit mit putavit verwechseln; in fr. 1. § 19. heißt es aber: Aristo putat, eum demum hoc interdictum habere, qui se putat jure suo uti: non eum, qui scit, se nullum jus habere, et utitur. Der Verf. will nicht damit von diesem Interdicte einen allgemeinen Schluß machen, sondern nur zeigen, wie auch die Römischen Juristen selbst die angezogenen Worte ganz sachgemäß ansehen.

von deren Zuständigkeit treten. In diesem Glauben [13]) der Berechtigung zu der Handlung finden wir die allgemeine bona

---

13) Ein Geringeres als dieser Glaube ist nicht ausreichend. Namentlich kann nicht, wie von Fuhr in s. u. Hoffmann's Versuchen. I. S. 4. behauptet worden, es für ausreichend angesehen werden, daß die zur Ausübung der Servitut nöthigen Handlungen in der Voraussetzung vorgenommen wurden, daß der Eigenthümer des praedium serviens „nichts gegen die Ausübung der Servitut als Recht haben würde", denn wenn man auch davon absehen will, daß hiermit nur ein precarium angesprochen werden kann, und mithin es erst noch von dem Besitzer des künftig leidenden Grundstücks abhängt, ob er auch nur eine widerrufliche Belastung desselben gestatten wolle, so kann gar nicht mit Fuhr bemerkt werden, daß es sich ebenso gut von dem juristischen Besitzer eines praedium serviens denken lasse, daß er die Servitut einräumen, als daß er eine blos widerrufliche Ausübung gestatten werde, indem, eben wegen dieser Ungewißheit bei Beurtheilung der Qualification der Handlungen, aus der ungestörten consuetudo noch nicht auf die Existenz jenes guten Glaubens zurückgeschlossen werden kann und beide streng von einander geschieden werden müssen. Es würde nur selten sich darthun lassen, in welcher Absicht der Andere die momentane Beeinträchtigung seines Eigenthums geduldet. Wohin sollte es auch zuletzt kommen, wenn die willkürliche Annahme, daß der Andere diese Ausübung als fortdauernd des Recht werde gelten lassen, ausreichen sollte, jenes jure suo se uti credidit zu ersetzen, er ja ein Recht noch nicht zu haben überzeugt ist und dieses eben erst durch die fortgesetzte Ausübung erlangen will, nun aber hier, wie bei der Usucapion, es als erforderlich angesehen werden muß, daß der Verjährende nicht gewußt habe, er bedürfe der Verjährung, um seinem Rechte volle Geltung zu verschaffen. Wenn nun diese Voraussetzung genügen und sie durch die patientia des Anderen bewahrheitet werden sollte, so hätte es nicht eines längeren Zeitraumes bedurft, sondern schon eine einzige solche Besitzhandlung müßte genügen, indem sodann unter jener Voraussetzung durch die patientia sofort das Recht entstehen würde; sonach würden wir, zum Theil wenigstens, auf Gensler's (Arch. f. civ. Pr. IV. 99. Anm. 43.) Idee kommen, die aber Fuhr (mit Recht) verwirft, daß man hier von einem Vertrage sprechen könne, oder doch wenigstens, dafern wir in der patientia das Hauptrequisit finden, sie also wie eine Art Verschweigung anzusehen wäre, eine Verschweigungsverjährung (vgl. hierüber Hasse, a. a. O. S. 405) annehmen müsse, welche das R. R. außer der Klagenverjährung nicht zuließ. Anders zwar im Teutsch. Rechte, allein wir folgen hier dem Röm. Rechte, da die praescriptio longi und longissimi temporis Römische Institute sind. Wäre diese patientia ein Requisit, so könnte ja gegen einen Abwesenden niemals verjährt werden.

fides wieder, wie sie sich uns bei der erwerbenden Klagverjährung darstellte. Aber das Verhältniß selbst, was sie charakterisiren soll, ist hier ein anderes. Dort stempelte sie das Verhältniß zur conditio usucapiendi durch ihr Zusammentreffen mit dem justus titulus, und dieses Verhältniß dauerte dann ruhig, ohne eine besondere Aeußerung nach außen, fort; in diesem Ruhigfortdauern lag der Grund des Rechtserwerbs. Wir sahen aber, daß, wo die Persönlichkeit des Besitzers sich wieder geltend machte, wo es einer Besitzhandlung wieder bedurfte, auch die bona fides wieder vorhanden sein mußte. Hier ist nun nicht das träge, starre Fortdauern eines Besitzes, eines körperlichen Innehabens, sondern eben die Reihe von mehreren, unter sich nicht äußerlich verbundener und wieder verschwindender Handlungen vorhanden. Während der Usucapionsbesitz den Besitz des Eigenthümers geradezu und auf die Dauer ausschließt, wird bei diesen Handlungen das Eigenthum und zwar nur auf so lange, nur auf die Augenblicke, welche die fragliche Handlung dauert, beschränkt. Ist sie vollendet, so lebt das volle Eigenthum wieder auf; jede Handlung enthält eine neue Beschränkung, und nur erst in ihrem Zusammensein ist das Recht selbst endlich begründet; sie sind daher nicht Aeußerungen eines schon vorhandenen Besitzes, sondern in ihnen selbst liegt gleichsam der Besitz. In den oben angezogenen Stellen ist nun ebenfalls jene opinio, die, wenn wir sie auch nicht domini nennen können, doch derselben gleichsteht, nicht auf den Anfang jenes Besitzes, nicht auf die erste der Besitzhandlungen beschränkt; es heißt vielmehr ausdrücklich: **servitute usus non videtur, nisi is, qui jure suo uti se credidit.** Nicht die erste Besitzhandlung, sondern jener im fortdauernden Glauben an die Rechtmäßigkeit desselben bewirkte usus soll genügen. Bei jeder Handlung äußert sich der Besitzer von Neuem thätig, jede ist eine neue Besitzhandlung, und erst in ihrem Zusammensein und durch dasselbe sind die Bedingungen für den Erwerb des Rechts vorhanden. Nach unserer obigen Regel kann daher auch an dem Requisite der Fortdauer der b. f. kaum gezweifelt werden [14]).

---

14) Dieser Ansicht waren schon früher Ant. Faber, Conject. IX. 10. Schifordegher, ad Ant. Fabrum I. 5. Qu. 3. Fr. Ram. del Manzano,

Diese Bestimmung würde nun wenigstens bei denjenigen Prädialservituten, deren Ausübung in eigenen, unabhängigen Handlungen besteht, unbedingt Platz ergreifen, mithin bei den **servitutibus praediorum rusticorum.** Was diejenigen dagegen anlangt, die mit dem Besitze eines Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen, so wie auch im Allgemeinen die negativen Servituten, so sind dieselben nur als eine Qualität des Besitzes der Hauptsache anzusehen; während ferner bei jenen der Besitz nur auf den Augenblick der Ausübung ein ausschließender ist, ist er es bei diesen ununterbrochen, wie der Usucapionsbesitz [**tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem. D. de serv. fr. 14. pr.** [15])]; es ist daher auch hier nur eine Handlung nöthig [das **factum prohibitivum** [16]) bei den negativen, die einrichtende Handlung

---

in Comm. ad Tit. de servitut. P. II. 2. § 25. (Meermann, thes. VII. pg. 69), welcher, unter Berufung auf Padilla, diese Ansicht als die allgemeine nach Römischem Rechte vertheidigt. Er jedoch, so wie auch Schifordegher beziehen sich nur auf **c. 1. 2. C. VII. 40.**, so wie daß die Servitutenverjährung eine praescriptio odiosa sei, bei welcher die Requisite gesteigert werden müßten. Was die angezogenen Stellen anlangt, so vergl. Unterholzner, a. a. O. § 58. § 93 sq. not. 318. 321. (Thl. I. S. 194. 321. 322.); de Retes, succisiva selectio ad legem Scriboniam § 17. (Meermann, VI. pg. 468) fordert beim Vorhandensein des Titels bona f. nur zu Anfange nam eum bona fides comitatur, wo dieser aber fehlt, perpetua b. f., quia requiritur, quod quis utatur servitute jure proprio, existimans ad se pertinere, et ut ita dicam, pro suo, die Quasipossessio pro suo vertrüge sich aber nicht mit der mala fides. Dieser Unterschied ist jedoch ebenso wenig als die letztere Ansicht, wornach es eine besondere possessio pro suo, bei welcher der Mangel des Titels durch fortdauernde bona fides ersetzt werde, gebe — was neuerlich wieder Möllenthiel, a. a. O., behauptet hat — (vergl. Unterholzner, a. a. O.) in den Quellen begründet.

15) Hierdurch ist der Begriff der continuae und discontinuae servitutes von selbst gegeben, wie denn auch eben das Charakteristische darinnen liegt, daß der Besitz an dem dienstpflichtigen Grundstücke nur während des Moments der Besitzhandlung beschränkt ist („ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur"). A. M. ist Kritz, Sammlung v. Rechtsfällen. I. S. 66.

16) Es ist gleich wie ein Rechtsgeschäft hier tituli loco. Vgl. Savigny, Besitz. 4te Aufl. S. 468; aber beide sind nicht Requisite der Verjährung, sondern Bestandtheile

bei jenen, z. B. die immissio tigni], und dann gnügt eines Theils die patientia domini, anderen Theils wieder jenes träge Fortbestehen des begonnenen Verhältnisses. Bei beiden bedarf es daher nur einer bona fides, der Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit derjenigen Handlung, mit welcher der Verjährungsbesitz beginnt. Daß die persönlichen Servituten durch Verjährung haben erworben werden können, scheint auch dem Verfasser höchst zweifelhaft [17]), wie sich überdieß hier eine bona fides, ein jure suo se uti credidit schwer denken läßt.

Bei jenen Prädialservituten, welche sich in unabhängigen, den Besitz eines Grundstücks Seiten des Handelnden an sich nicht nothwendig voraussetzenden Handlungen äußern, ist mithin jede einzelne Handlung so beschaffen, daß sie den Verjährungsbesitz begründen könne; bei jeder derselben kehren dieselben Bedingungen wieder, die wir schon bei der ersten forderten. Es liegt daher in der Zusammenrechnung der quasipossessio Seiten Mehrerer noch mehr Anomales, als bei einer wirklichen Besitzausübung, wo die accessio temporis ebenfalls nur auf der Aequitas beruht. Während bei der Usucapion die Sache mit ihren Besitzmängeln auf den Erben nothwendig übergeht und dieser in das Rechtsverhältniß eintritt, in welchem sein Erblasser bereits zu der Sache sich befand, dagegen aber ein selbstständiger Uebergang des guten oder bösen Glaubens des Erblassers auf den Erben nicht stattfindet, kann hier, streng genommen, von keiner Besitzübertragung, noch weniger von einer solchen successio in vitia defuncti die Rede sein, da hier eine sich wiederholende Thätigkeit des quasipossessor gefordert und bei jeder dieser Handlungen, durch welche allein der Besitz erhalten und das Recht selbst endlich erworben wird, dieselben Bedingungen immer wieder erfordert werden. In welcher Absicht und in welchem Glauben der Erblasser des Gajus über die Wiese des Nachbars gefahren ist, kümmert den Erben nicht [18]), wenn später die von diesem in der Ueberzeugung der

---

des Quasibesitzes. Hasse, a. a. O. S. 431.

17) Wening-Ingenheim, Lehrb. 3te Ausg. § 154. und Zimmern, ibi cit.

18) Jedoch wird die Wissenschaft

Rechtmäßigkeit ausgeübten Handlungen die Verjährungszeit umschließen, während bei dem Usucapionsbesitze das Gegentheil stattfindet. Z. B. wenn A. eine Sache des X. precario besitzt, so wird der B., des A.'s Erbe, — eben weil die Sache mit allen ihren Besitzmängeln auf den Erben übergeht und die beim A. vorhandene causa possessionis ungehindert fortdauert, so daß weder jene Besitzmängel durch die Unkenntniß von ihnen Seiten des B. gehoben werden, noch jene causa durch die b. f. desselben, welcher die Sache für die eigene des A. hielt, verändert wird, — sich gegen die Klage des X. auf Herausgabe der Sache nicht mit der während seines Besitzes abgelaufenen Verjährungszeit schützen können; dagegen wenn der A. über des X. Feld precario fährt, und sein Nachfolger B. von diesem Rechtsverhältnisse keine Kenntniß hat und glaubt, daß eine dießfallsige Gerechtigkeit dem Grundstücke zustehe, daher ebenfalls über des X. Feld optima fide fährt, wird ihm, wenn seine Besitzhandlungen die Verjährungszeit umfassen, aus dem precario rogare des A. und dessen usus vitiosus kein Widerspruch gegen sein nunmehriges Recht hergeleitet werden können.

So viel nun die bei der Exstinctivverjährung der städtischen Servituten erforderliche usucapio libertatis anlangt, so scheint diejenige Handlung, wodurch in contrarium actum est und mit welcher der Usucapionsbesitz beginnt, ebenfalls bona fide d. h. aus Unbekanntschaft mit dem Rechte des herrschenden Grundstücks, vorgenommen werden zu müssen [19]), da hier auch

---

des Erben von der mala fides seines Erblassers ihn wohl selten zur eigenen bona fides aufkommen lassen.— Auch hier kann man übrigens sagen: der Verjährende darf nicht wissen, daß er der Verjährung bedarf; auch hier darf er nicht glauben, das Recht zu erwerben. Er wird daher sein Recht, da ein vages Glauben, berechtigt zu sein, kaum hinreichend sein dürfte, auf gewisse Vorgänge stützen und in diesen die erforderliche Ueberzeugung finden. Schon deßhalb dürfte Möllenthiel nicht beizustimmen sein, wenn er S. 104 die bona fides deßhalb als nothwendig nicht ansieht, weil hier von einem früheren Rechtsverhältnisse, das in der Ueberzeugung des Ausübenden erst einer Rechtfertigung bedürfe, nicht die Rede sei.

19) Everh. Otto, de usucap. serv. c 1. § 7. Galvanus, de usufr. XLI. 12. Pufendorf, obser. jur. III. 188. § 39. Rave, de praescr. § 112 (Ed. III, pg. 185.)

eine bestimmte, nothwendige Handlung, wodurch ein Verjährungsbesitz begründet wird, vorliegt. Bestimmte Quellenzeugnisse fehlen allerdings [20]), allein wenigstens die entgegengesetzte Bestimmung in Betreff der usureceptio möchte, bei der Singularität dieser Verjährung, der Anwendung der allgemeinen Regel nicht entgegenstehen. Der Titel wird auch hier durch die fehlerfreie Ausübung dieser Handlung ersetzt.

So viel nun das Canonische Recht anlangt, so ist es hier gleichgiltig, ob oder doch inwieweit dasselbe die bona fides auch bei der Exstinctivverjährung der Klagen für erforderlich erklärt, es genügt hier, daß es den guten Glauben auch bei der erwerbenden Verjährung von Rechten und zwar einen fortdauernden erheischt [21]), — nach unserer Ansicht, so viel wenigstens die Verjährung von Servituten anlangt, nur eine Bestätigung Römischen Rechts. Wichtig wird dagegen das c. ult. X. de praescr. auch für unsere Ansicht. Wenn nämlich Innocenz III. daselbst sagt: Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, so kann, namentlich in Rücksicht auf die Bibelstelle, der dieser Ausspruch entlehnt worden ist (Paulus a. d. Römer c. 14. v. 23.), darüber kein Zweifel sein, daß der Papst hier die mala fides geradezu für eine Sünde erklärt. Der selbstständige Uebergang des bösen Glaubens auf den Erben — den wir schon oben leugneten — wird daher auch hierdurch unmöglich gemacht. Allein weiter läßt sich nicht gehen, und namentlich nicht behaupten, daß „dem Erben, sobald er nur für seine Person den bösen Glauben seines Vorgängers nicht theile, kein Hinderniß entgegenstehe, für sich die Verjährung zu beginnen, wenn auch der Erblasser sich im fehlerhaften Besitze befunden" [22]). Das ältere Canonische

---

20) Unterholzner, § 232. S. 229. Thl. II.

21) Gegen die Ansicht derer, welche das Requisit der fortdauernden bona fides bei der Erwerbung von Rechten durch Verjährung nach Canonischem Rechte leugnen, s. Kind, var. jur. observat. sylloge. I. pag. 8 seqq. Möllenthiel, a. a. O. S. 113 fgg.

22) Erk. d. App. Ger. zu Dresden in S. Hünich's Tischer. S. auch dagegen die Consult. P. I. Qu. I. n. 8 sqq Qu. 17.

Recht [23]) hatte sich den Bestimmungen des Römischen Rechts über die Dauer der bona fides ohne weitere Modification angeschlossen, und erst in X. de praescr. c. ult. ist als Bedingung aufgestellt worden, daß diese bona fides bis zum Ablaufe der Verjährungszeit fortdauern müsse. Der Erbe, welcher sich in mala fide befindet, kann daher den von seinem Erblasser bona fide begonnenen Besitz nicht fortsetzen; aber eine weiter gehende Abänderung des Römischen Rechts läßt sich nicht nachweisen, und namentlich ist nirgends — wie bei einer so wichtigen Abänderung doch zu erwarten wäre — ausgesprochen worden, daß die aus dem Grundsatze, daß der Besitz des Erben nur als eine Fortsetzung des Besitzes des Erblassers erscheine, abgeleiteten Sätze, ja der Grundsatz selbst nicht mehr in Anwendung zu bringen sein. Während nach dem Römischen Rechte derjenige Besitz, durch welchen ein Mangel der ursprünglichen Erwerbsart ergänzt werden sollte, nur in seinem Anfange einer Rechtfertigung durch bona fides bedarf und also die Gesinnung des Erben gleichgiltig ist, ist nunmehr nur eine fortdauernde Rechtfertigung nothwendig, weil dieselbe hierfür zum Erwerbe von Rechten von der Kirche nach den Sätzen der Moral angesehen wird; keineswegs ist aber ausgesprochen worden, daß der Erbe nicht mehr in das Rechtsverhältniß, wie solches bei und durch seinen Erblasser gebildet worden, succedire, sondern nunmehr selbstständig und unabhängig von dem Besitze und seinem Erwerbe Seiten des Erblassers die Sachen besitzen und usucapiren könne. Die Regel: causa possessionis durat, ist nicht aufgehoben, sondern nur modificirt worden, wie diese causa sich gestalte Der Erbe wird daher dann, wenn der Erblasser in mala fide sich befand, nicht berechtigt sein, durch seine bloße Unkenntniß von derselben das auf ihn ipso jure übergegangene Rechtsverhältniß zu verändern und aufzuheben. Das Besitzverhältniß, das auf den Erben übergeht, war ein sündliches, aus dem er, nach dem Gesetze, keine Rechte erwerben soll, der Besitz war an sich ein Unrecht und wird dadurch nicht zum Recht, daß ihn der Erbe dafür hält.

---

23) cap. 15. caus. 16. qu. 4.

Was speciell nun die erwerbende Verjährung der Servituten anlangt, so finden wir im Canonischen Rechte nur die Bestätigung der schon für das Römische Recht geltend gemachten Ansicht, obgleich sich nicht verkennen läßt, daß das Canonische Recht in c. 6. X. de praescr. selbst eine Translativverjährung von dinglichen Lasten kennt. Daß aber auch im Canonischen Rechte der Begriff der bona fides nicht nothwendig einen justus titulus voraussetzt, und bei der dreißigjährigen Verjährung zwar bona fides, nicht auch justus titulus erfordert werde, ist im Gratian'schen Decrete [24]) deutlich ausgesprochen worden.

Was nun das vaterländische Recht anlangt, so ist eine bestimmte Entscheidung der Frage in den Gesetzen nirgends enthalten. Kori, in s. Theorie der Verjährung [25]), ist der Ansicht, daß zu der erwerbenden Servitutenverjährung weder eines Titels, noch einer guten Gesinnung Seiten des Verjährenden es bedürfe, eines Theils, weil beide Requisite von dem Teutschen Rechte nicht anerkannt würden, anderen Theils, weil in den Decisionen 3. 4. von 1746, wo von der Verjährung von Dienstbarkeiten die Rede sei, die bona fides keine Erwähnung gefunden habe. Sind auch beide Momente wahr, so dürfte doch die aus denselben abgeleitete Folgerung, soweit sie das Requisit der b. f. trifft, nicht zu rechtfertigen sein [26]), eines Theils, weil das in complexu recipirte Canonische Recht dem Teutschen derogirt hat, anderen Theils, weil die unterlassene Erwähnung der bona fides in den beiden Gesetzen um so weniger nothwendig auf die supponirte Ansicht des Gesetzgebers schließen läßt, als wir hier Decisionen, d. h. Entscheidungen zweifelhafter Rechtsfragen, bei denen es sich nur um die streitigen Punkte handelt, nicht allseitig erschöpfende Gesetze vor uns haben. Allerdings gewinnen wir in Sachsen noch ein neues Argument für die Ansicht, daß es bei dieser Species der Verjährung eines Titels nicht bedarf. Nach Römischem Rechte werden die Servituten durch eine Verjährung von resp. 10 und

---

24) c. 15. c. 16. qu. 3.
25) § 64. not. 305. § 75. 3.
26) C. H. Kind, I. l. pg. 10.

20 Jahren erworben [27]), und diese Verjährung stand daher doch wenigstens in Bezug auf die hierbei erforderliche Zeitdauer der praescriptio longi temporis gleich. Aus einer allgemeineren Gleichstellung — ob mit Recht oder mit Unrecht, gehört nicht weiter hierher — folgerte man nun auch die Nothwendigkeit eines Titels. Dieses Argument verliert in Sachsen jeden Schein von Haltbarkeit. Auch nur eine oberflächliche Ansicht dessen, was unsere Praktiker [28]) über die Servitutenverjährung geschrieben, so wie der Gesetze selbst, giebt deutlich an die Hand, daß man die Servitutenverjährung mit der des Eigenthums auf ziemlich gleiche Linie stellte und beide nur als einzelne Species einer und derselben Verjährung betrachtete. Diese Verjährung wird in 31 J. 6. W. 3 T. vollendet. Dieselbe steht jedoch nicht der Römischen praescriptio longi temporis, sondern vielmehr longissimi gleich, bei welcher ein Titel bekanntlich nicht erforderlich ist [29]).

Gehen wir nun zu dem Requisite der bona fides über. Die Glosse zum Sachsenspiegel, welche bekanntlich die Bestimmung desselben in Lib. I. art. 29. fälschlich auf die Verjährung bezieht, fordert, im Einverständnisse mit dem Römischen Rechte, auf welches sie sich beruft, nur zu Anfange des Besitzes die gute Gesinnung des Besitzers [30]), und Zobel erklärt ad h. art. die bona fides geradezu für ein überflüssiges Erforderniß,

---

27) A. M. Zimmern und Neustetel, Untersuchungen. I. nr. V. VI. S. jedoch Thibaut, üb. d. Verjähr. d. Dienstbark. im Civ. Arch. V. S. 323 fgg.

28) Cf. die von H. Kind, a. a. O. not. mm. nn. cit.

29) Vergl. auch Conclusum des O. A. Ger. vom 6. August 1836 (G. u. V. Bl. S. 270). A. M. ist Kori, in s. und v. Langenn's Erörter. I. nr. 28. (Ed. II. pag. 234 sqq.) Vgl. aber Steinacker, de vi et indole praescriptionis rerum immobilium Saxonicae, Lipsiae 1837.

30) „So wisse, das zu einer rechten gewehr gehöret guter glaube, das ist, das er sonder falsch sol dafür halten, das der des guts ein herr gewest sey, der es jm in seine gewehr lies, ut ff. de contrahenda empti. l. qui fundum. zum andernmal sol er haben seiner gewere eine redliche sache, das ist, er sol es gekaufft haben." Die Glosse bezog jedoch die Bestimmung des Artikels auch auf „Dienstbarkeiten, die jemands zusteht an ander leut gütern."

da die Verjährung eingeführt sei in poenam negligentium, womit Math. Wesenbeck in seinen Notis ad Schneidewini Inst. de usucap. n. 9. übereinstimmt. Allein die Verfasser der Consultationen [31]), wie bereits vor ihnen Mynsinger [32]), verwarfen diese Ansicht als irrig, so wie eine Bestimmung, nach welcher eine praescriptio cum mala fide zulässig sei, quia hujusmodi statutum esset nutritivum peccati [33]), und beziehen sich hierbei auf das Canonische Recht und namentlich auf X. de praescr. c. ult. als geltende in der Praxis angenommene Norm [34]). Hieraus ergiebt sich zugleich, daß die bona fides als fortdauerndes Requisit der Verjährung angesehen wurde, wie auch die spätere Praxis bezeugt [35]), obgleich in der Const. ined. XXXI. nur im Allgemeinen und unter Verweisung auf die Glosse das Requisit der bona fides ausgesprochen wird [36]). Die Vorschrift des Canonischen Rechts ward auch auf die Verjährung von Rechten durch die quasi-possessio ausgedehnt [37]). Dagegen war man aber deßhalb, weil man die praescriptio Saxonica oder statutaria, wie man sie nannte, und welche nach dem gemeinen Rechte zu erklären sei [38]), mit der praescriptio longissimi temporis verglich, einstimmig der Ansicht, daß der justus titulus sowohl als die bona fides bis zum Beweise des Gegentheils bei der langen

---

31) Lib. I. qu. 55. (ex ed. Mind.)

32) obs. 6. cent. 4.

33) So auch Carpzov, (not. 9.) „impium in praescriptione praesidium et occasio delinquendi", ganz im Geiste des Canon. Rechts.

34) Vgl. auch Consult. I. 1. c. 2. n. 92 u. s. w. (ex ed. Mind.)

35) Carpzov, Jurispr. for. II. 3. def. 7. 8. Dan. Moller, ad eand. Constit. und die das. angezogenen Schriftsteller.

36) „Desgleichen, obwohl etliche die sächsischen Rechte mögen also verstanden haben, daß sie die praescriptionem malae fidei sollen gestatten, so ist doch die Gloss. in art. 29., der von der Präscription redet, lib. I § „und erstlichen etc." darwider, welche ausdrücklich bonam fidem in praescriptione erfordert."

37) Consult. I. 1. c. 3. n. 10. Vgl. auch H. Kind, l. l. pg. 14. Es ist daher das Erforderniß der b. f. bei der Verjährung von unkörperlichen Sachen nicht eine Eigenheit des Sächsischen Rechts — wie Hommel, Rhaps. Obs. 208. annimmt — sondern die ganz einfache Anwendung des Canonischen Rechts.

38) S. oben not. 31.

Besitzdauer zu präsumiren sei [39]), wogegen bei der annalis praescriptio die bona fides vom Verjährenden bewiesen werden müsse [40]). Diese Ansicht, welcher auch die spätere Praxis ziemlich treu blieb [41]), liegt der Const. 3. P. II. zu Grunde, wo es heißt: „Unsre Verordnete haben sich vereinigt, ohne Unterschied [42]) zu sprechen, daß die Verjährung diesfalls Statt habe, es wäre denn, daß mala fides wider den, so den Zins zu reichen schuldig, nicht allein vorgewandt, sondern auch erwiesen würde, welches Wir Uns auch gefallen lassen." Im Uebrigen muß noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß allenthalben überhaupt und im Allgemeinen die Wörter Verjährung und Präscription gebraucht werden, hierbei aber auf das gemeine Recht zurückgegangen werden müsse [43]). Für das Requisit der fortdauernden bona fides spricht auch Const. 40. P. II. [44]). Wenn nun auch zuzugeben ist, daß die Praxis in Sachsen [45]) die bona fides als in enger Verbindung mit dem Titel, gleichwie bei dem Römischen Usucapionsbesitze, ansah und die Vorschriften des Canonischen Rechts, so weit sie gegen das Römische Recht bona fides erforderten, nicht anwandte, so erachtete sie dieselbe doch stets „in praescriptione rerum et ad effectum consequendi juris in re" nöthig [46]). Die Dec. 3.

---

39) Consult. I. l. Carpzov. l. l. — Cf. et Steinacker, l. l. pag. 13. — Die Verfasser der Consult. streichen deßhalb allein die bona fides unter den Erfordernissen der Sächsischen Verjährung, jedoch verlangt Carpzov, l. l. def. 7. n. ult. und die das. Angez., daß der Kläger im Libelle sich auf die bona fides wenigstens beziehe, quippe quia non allegata non praesumitur.

40) Carpzov, l. l. def. 6.

41) Kind, l. l. Steinacker, l. l. Hommel, Rhaps. Obs. 208.

42) Consult. I. Qu. 49.

43) S. oben not. 31.

44) „— und er hätte darauf in solchen Gütern, mit gutem Glauben, über rechtsverwährte Zeit den Zins dem Herrn gegeben." Cf. Carpzov, Jurispr. for. II. 40. def. 2.

45) Vgl. Steinacker, l. l., und Berger, El. D. F. ad T. XI. obs. 1. (pg. 383. Lips. 1706.)

46) Berger, l l. pag. 390. — Die const 3. P. II., auf welche sich Carpzov, Resp. I. 33. n. 7., und die meisten Dissentienten zur Unterstützung ihrer Ansicht, daß die Exstinctivverjährung der Klagen bona fides erfordere, beziehen, spricht wohl von einer usucapio libertatis, in der sich die Censiten in der Quasi-possessio des Rechts, den Zins in

v. 1746 erachtet bei sämmtlichen Dienstbarkeiten [47]) die Verjährung als statthaft und zulässig, ohne sich über die bona fides mit Bestimmtheit auszusprechen, auch hier und in Dec. 4. 5. ist im Allgemeinen nur das Wort „praescriptio" gebraucht worden, so daß kein Bedenken entgegensteht, hier das Requisit der fortdauernden b. f. anzunehmen. Die Praxis forderte auch demgemäß bei der Servitutenverjährung fortdauernden guten Glauben des Verjährenden [48]). Wenn auch die Sächsische Gesetzgebung sich zu dem Satze hinneigt, daß in der Regel, wenn nicht besondere gesetzliche Verbote, — deren allerdings in Sachsen es so viele giebt, daß die erwerbende Verjährung der Servituten fast nur ausnahmsweise nachgelassen ist — entgegenstehen, jedes Recht Gegenstand der erwerbenden Verjährung sein könne [49]), so ist in den Gesetzen eine nähere Bestimmung darüber, welche Bedingungen bei derselben erforderlich seien, nirgends zu finden, eben wohl deßhalb, weil die Praxis einig war, daß die bona fides auch bei der Servitutenverjährung eine perpetuirliche sein müsse, dagegen aber, ebenso wie der Titel bei der Verjährung der Immobilien, wegen der Gleichstellung mit der praescriptio longissimi temporis, bis zum Beweise des Gegentheils präsumirt werden müsse [50]). Auch scheint es der Sächsischen Praxis

---

schlechteren Münzsorten zu zahlen, befinden.

47) „gleich andern Befugnissen." Vgl. übrigens Bauer, in s. Commentar zu dieser und den beiden folgenden Decisionen, u. Menken, Syst. ed. Schön (Lips 1754) VIII. 1. n. 8. XLI. 3 n. 4 15.

48) Menken, l. l. Biener, interpretat. c 20. (in opusc. II. S. 373.) H Kind, l. l.

49) Justus Kurz, Beantw. e. Rechtsfragen. II. S. 23, und die daselbst, so wie von Hänsel, in s. Ausg. von Curtius, Civilrecht. II. 3. § 1011. not. a. S. 130 fg. angezogene Gesetze.

50) In dem Frohnengesetze von 1830 ist zwar nicht von Verjährung, sondern von Herkommen und verjährtem Herkommen die Rede; allein man ist deßhalb wohl kaum berechtigt, anzunehmen, daß man mit und durch dieses Wort eine Abänderung der bisher in foro recipirten Ansicht bezweckte und damit die jetzt von mehreren Neueren aufgestellte Erklärung, daß jener Erwerb durch longa quasi possessio nicht als eine Verjährungsart, sondern vielmehr als eine consuetudo anzusehen sei, für allein richtig ansah. Man wählte, wie auch im Generale v. 30. April 1783 § II. geschehen, wohl hier

angemessen zu sein, anzunehmen, daß außer dem negativen Erfordernisse des fehlerfreien Besitzes auch eine bestimmte bona fides, da diese mit jenem nicht identisch ist, erforderlich sei [51]).

Die oben in Betreff des gemeinen Rechts gewonnenen Sätze kommen daher unbedingt zur Anwendung. Bei den servitutibus discontinuis muß jede Besitzhandlung [52]) in der Ueberzeugung, ein dem Grundstücke bereits zustehendes Recht auszuüben, vorgenommen werden, — so wie auch bei den servitutibus continuis, wenn hier auch gleich, wie bei dem Usucapionsbesitze eine einzige Besitzhandlung zum Besitze verhilft und sein Fortbestehen nicht durch neue Besitzhandlungen bedingt ist, eine superveniens mala fides den Verjährungsbesitz unterbricht. Der Erbe wird ferner deßhalb allein, weil sein Erblasser in mala fide sich befand oder er die fragliche Handlung ex jure familiaritatis ausübte, noch nicht, wie jedenfalls aber

---

deßhalb das Wort „Herkommen", weil die Frohnen mehr oder weniger den ganzen Ort, eine gewisse Classe von Unterthanen, nicht einzelne treffen, und diese Leistungen der Verpflichteten daher füglich wie ein Ortsherkommen angesehen werden können. Vgl. auch Gen. v. 3. Nov. 1751.

51) Wernher, III. obs. 73. Biener, l. l. H. Kind, l. l. Haubold, S. P. R. § 191. nor 1., und nunmehr auch Kori, in s. u. v. Langenn's Erört. I. 3. (S. 28. Ed. II.) A. M. Hommel, obs. 208. Curtius, a. a. O. — Die Bestimmung, daß der Besitz weder vi noch clam ausgeübt sein soll, bezieht sich weniger auf den guten Glauben, als darauf, daß der Verpflichtete dem Gebrauche nicht widersprochen haben dürfe, obwohl er ihn wußte oder wissen konnte (paria sunt scire et scire posse), und was speciell die precaria possessio (Kritz, a. a. O. S. 200) anlangt, daß durch diesen blos vertragsweise ausgeübten Gebrauch kein im Vertrage nicht begriffenes Recht von dem precario accipiens erworben werden kann.

52) Eine einmalige Ausübung begründet übrigens noch keinen Besitz. Vgl. Kori, a. a. O. I. 2. (S. 17), auch Albert, a. a. O. § 95. S. 112. § 104. S. 129. Zweckmäßig fordert daher § 19. d. Anh. d. E. P. O. zum Interdictenbesitze bei den servitutibus discontinuis 3 ruhige Besitzhandlungen, obgleich die Bestimmung, daß die erste älter als ein Jahr sein müsse, sich nicht rechtfertigen läßt. Das Gesetz fordert übrigens nur actus quieti, nicht die possessio recta des R. Rechts (s. aber Albert, a. a. O. § 138. n. 5. S. 168), und daher läßt sich wenigstens nicht aus diesem Gesetze herleiten, daß der vitiosus possessor nicht in summario geschützt werde. Vergl. aber Kind, Qu. for. II. 32.

bei dem Usucapionsbesitze (gleichviel, ob er Kenntniß von der mala f. seines Erblassers hatte oder nicht) behindert sein, selbst eine Verjährung des Rechts, dafern in seinem usus nur die erforderlichen Eigenschaften sich vereinigen und er die Verjährungszeit hindurch fortgesetzt wird, zu beginnen und zu vollenden.

Ist daher fehlerfreier Besitz mit Besitz im guten Glauben nicht identisch, so kann doch auf der anderen Seite von dem Verjährenden nicht gefordert werden, daß er diesen guten Glauben besonders nachweise, vielmehr genügt es, wenn weder die von den Zeugen oder sonst bewahrheiteten Besitzhandlungen an sich als fehlerhaft erscheinen, noch die Zeugen sonst eines Umstands erwähnen, aus denen auf den Mangel des guten Glaubens oder der possessio recta nothwendig geschlossen werden muß [53]). Dieser Mangel ist von dem Gegner zu beweisen, und namentlich gilt dieß von der mala fides und dem precarium, — die sich nicht so leicht, wie Gewalt und Heimlichkeit, aus der Handlung selbst erkennen lassen. Als Regel ist daher anzunehmen, daß, wer fehlerfrei den Besitz ausgeübt hat, ihn auch im guten Glauben ausgeübt habe [54]). Eben deßhalb wird auch in den Erkenntnissen das Suppletorium beim Verjährungsbeweise darauf gerichtet, daß die fragliche Handlung „frei, öffentlich und ungehindert" ausgeübt worden sei, ohne des Requisits der b. f. und des Mangels der precarii zu gedenken [55]). Ebenso möchte das „ut ostendat" in D. VIII. 5. fr. 10. nicht auf eine verbale Beweisauflage der in diesem Fragmente benannten Nega-

---

53) Hierüber Gensler, a. a. O. S. 89. Anm. 17. Hasse, a. a. O. S. 412 fgg.

54) Es ist das äußere, aber nicht unbedingt wahre Kennzeichen der bona fides, so wie auch bei dem Usucapionsbesitze der Beweis der justa causa den Beweis der mala fides nicht ausschließt.

55) Irrig ist die Ansicht Fuhr's, S. 19, daß es des Beweises dieser äußeren Offenheit nicht bedürfe, wenn der Verjährende sich auf die consuetudo seines Vorgängers oder auf einen justus titulus stütze, und der Beweis desselben oder der consuetudo ausreichend sei, indem es sich hier nicht um ein träges Fortbestehen eines einmal begonnenen Besitzes handelt und durch jenen Beweis nicht der Beweis, daß der Besitz fehlerfrei fortgesetzt worden sei, überflüssig gemacht wird.

tiven bezogen, sondern vielmehr dahin gedeutet werden: „Wenn sich nach geführtem Beweise und Gegenbeweise herausstellt, daß ꝛc.“ [56]). Nur ist dabei vor dem gewöhnlichen Irrthume zu warnen, als ob die Heimlichkeit einer Besitzhandlung dadurch ausgeschlossen werde, daß der Gegner von ihr Kenntniß hatte; — der Charakter der Heimlichkeit ist lediglich nach dem Benehmen und den Veranstaltungen des Ausübenden zu beurtheilen, — von dem qui existimare debet, se prohibitum iri controversiamque habiturum, muß es unbedingt heißen: clam fecit, zumal auch der Andere, wider Wissen des Ersteren, verhindert sein konnte, der Besitzhandlung, die er wahrnahm, zu widersprechen.

---

56) Hasse, a. a. O. S. 414.

IV.

Streitet für die geschehene Illation eines parapherni die Präsumtion?

Weber in seinem Buche „über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß" bemerkt in dem Abschnitte, welcher von den Vermuthungen handelt [1]), unter Anderen Folgendes: „Wenn von zweien einander entgegengesetzten Dingen das eine als wahrscheinlich ausgesagt wird, so folgt natürlich, daß das andere nicht, oder doch weniger vermuthet wird. Aber daraus, daß es dem Einen an Gründen der Wahrscheinlichkeit blos fehlt, folgt noch nicht gleich umgekehrt, daß das Andere stärkere Vermuthungen für sich habe. Denn es können ja weder für das Eine, noch für das Andere Gründe zu irgend einem bestimmten Urtheile vorhanden sein. Zu sagen: Es wird nicht vermuthet, daß Jemand diesen oder jenen Contract geschlossen habe, ist doch wohl nicht ganz identisch mit dem Satze: es wird vermuthet, daß er ihn nicht geschlossen habe ꝛc." — Dieses Princip hat in der Theorie sowohl, als in der Praxis Annahme und Anwendung gefunden. So tritt nicht selten der Fall ein, daß z B. A. den B. auf Zurückbezahlung einer Schuldforderung verklagt. B. excipirt und beweis't, daß er dem A. eine Summe von gleicher Höhe, wie die geforderte, zurückbezahlt habe. Es fehlt aber noch an Erweislichmachung des Hauptumstandes, daß die Forderung, auf welche B. Rückzahlung gewährt hat, mit der Forderung, auf welche A. klagt, identisch sei. Um diese Lücke zu ergänzen, bezieht sich B. auf den Grundsatz, daß eine Mehrheit von Forderungen nicht zu präsumiren sei, daß mithin, da A. nicht bewiesen, daß er außer

---

1) V. § 8. Seite 94. Ausg. von Heffter.

der geklagten Forderung noch eine dergleichen an B. habe, anzunehmen sei, daß die von B. bewirkte Rückzahlung eben auf die geklagte Schuld geschehen. Diese Argumentation hält jedoch nicht Stich. Es wäre unrichtig, auf den Satz: „plura-litas non praesumitur", die Folgerung zu bauen: „ergo singularitas praesumitur." Ebenso würde es zu mißbilligen sein, wenn Jemand für etwas dem Anderen Gegebenes oder Geleistetes eine Vergeltung aus dem Grunde in Anspruch nehmen wollte, weil unvergeltliche Leistung und Ueberlassung nicht zu präsumiren sei [2]). So hat auch das Königl. hohe Oberappellationsgericht unlängst in einem interessanten Erbschaftsstreite den Grundsatz ausgesprochen, daß, wenn es sich um das Lebendig- oder Todtgeborensein eines Kindes handele, das Eine sowohl, als das Andere, je nachdem dieses oder jenes behauptet werde, zu beweisen sei. Es kann also nicht argumentirt werden: Weil nicht zu präsumiren, daß ein Kind todt zur Welt gekommen, so ist zu präsumiren, daß es lebendig geboren worden. Dagegen hat das nurgedachte hohe Collegium in einem Erkenntnisse vom 20. September 1839 seiner Entscheidung ein von dem vorstehenden Principe abweichendes ratiocinium untergelegt. Das fragliche Erkenntniß betrifft den, auch zeither schon in dem Falle, wenn die Frau in des Ehemannes Concurse die Illaten liquidirte, von der Praxis befolgten [3]) Rechtssatz, daß für die erfolgte Illation eines parapherni eine factische Präsumtion streite. Die concernente Stelle lautet in den Entscheidungsgründen wörtlich so:

---

2) Allerdings statuiren aber die Gesetze, wenn Jemand dem Anderen etwas schlechthin leistet oder giebt, (unter Nachlassung specieller Ausnahmefälle) die Präsumtion der Schenkung. Wäre solches aber auch nicht der Fall, so würde doch aus dem Mangel dieser Präsumtion noch keine Vermuthung für die vergeltliche Ueberlassung der Sache entspringen. Es wäre vielmehr solchen Falls weder das Eine, noch das Andere zu präsumiren, und es müßte sich daher der für die überlassene Sache ein Entgelt fordernde Geber auf einen speciellen Grund beziehen, ohne welchen seine Klage als unschlüssig zu verwerfen sein würde; cf. von Langenn u. Kori, Erörterungen pract. Rechtsfr. Th. I. no. I. S. 7 fgg. 2te Ausg.

3) Günther zu Haubold's Lehrb. des Sächs. Privatrechts. §74. not. b. a. E.

„Der Ehefrau gehörige Gelder, welche ihr, während die „Ehe bestanden, unter des Ehemannes Beitritt sind ausgezahlt „worden, hat präsumtiver Weise der Ehemann „allein an sich genommen; denn nicht streitet die „Wahrscheinlichkeit dafür, daß letzterer, was er als „gesetzlicher Nutznießer und Verwalter des eheweiblichen Ver„mögens allein an sich zu ziehen befugt war, diesem Befugnisse „entgegen, ganz, oder zum Theil, dem Eheweibe sollte überlas„sen und solchergestalt eines Rechts sich entäußert haben. Es „kann aber die Wahrscheinlichkeit, daß es in einem angegebe„nen Verhältnisse so gehalten worden sei, wie es das eigene „Interesse eines berechtigten Individuums in gleichartigen Ver„hältnissen gewöhnlich mit sich bringt, nur wenn deshalb eine „ausdrückliche Vorschrift der Gesetze vorhanden ist, praesum„tionem juris oder gar praesumtionem juris et de jure „herstellen. Da es nun an einem Gesetze fehlt, welches als „übergegangen in des Ehemannes Vermögen dasjenige zu be„trachten vorschriebe, was unter seinem Beitritte an eheweibli„chem Vermögen ist ausgezahlt worden, so reducirt der Grad „der rechtlichen Gewißheit, welcher in einem solchen Falle sich „gegen den Mann hergestellt findet, sich auf eine praesumtio „facti, welche jedoch, insofern nicht besondere Umstände zu einer „anderen Consequenz führen, stark genug ist, um die Ehefrau „mittels Eides bestärken zu lassen, daß dasjenige, was an sie „unter Beitritt des Ehemannes ausgezahlt worden, dieser allein „an sich genommen habe. Auch hat bereits das vormalige Ap„pellationsgericht diese Ansicht in den Fällen, wo das Eheweib „bei des insolventen Ehemannes Creditwesen eheweibliches Ver„mögen liquidirte, als Gerichtsbrauch beobachtet, und unbedenk„lich findet es das Oberappellationsgericht, diesen, auf unver„kennbar richtigen Ansichten beruhenden Gerichtsbrauch auch „außerhalb des Concurses festzuhalten, indem es inconsequent „sein würde, wenn der Ehemann selbst nicht gehalten wäre, das „Nämliche gegen sich gelten zu lassen, was eintretenden Fal„les gegen seine Gläubigerschaft gilt.“ —

Ob und inwieweit das an die Spitze gestellte Weber'sche Princip theoretisch als begründet zu betrachten sei, soll hier nicht

erörtert werden. So viel aber dürfte nicht zu bezweifeln sein, daß die in den vorstehend mitgetheilten Entscheidungsgründen für den Satz, daß, wenn die Frau den Besitz eines parapherni beweis't, die erfolgte Illation zu präsumiren sei, aufgestellte Argumentation, welche dahin lautet: „Weil nicht zu präsumiren ist, daß der Ehemann das Paraphernalvermögen dem Eheweibe überlassen und sich solchergestalt eines ihm zustehenden Rechts entäußert habe, so ist zu präsumiren, daß der Ehemann dieses Vermögen an sich genommen habe", mit jenem Principe nicht harmonirt. Zu erwägen würde jedoch noch sein, ob nicht die fragliche Präsumtion an und für sich schon insoweit als fundirt sich betrachten ließe, daß es nicht einmal des Versuchs, dieselbe durch ein **argumentum a contrario** der gedachten Art zu begründen, bedürfen würde. Apodiktisch läßt sich diese Frage nicht beantworten, da es lediglich auf dem individuellen Ermessen des Richters beruht, ob er rücksichtlich eines gewissen **facti** einer gemeinen Vermuthung Raum geben will, oder nicht. Inzwischen würde doch das einzige Fundament für die Präsumtion, daß die Paraphernen dem Ehemanne **realiter** inferirt worden seien, auf dem Rechte des letzteren, die Illation zu verlangen, beruhen. Ob nun aber etwas um deßwillen als wirklich geschehen zu präsumiren sei, weil eine bestimmte Person berechtigt war, zu verlangen, daß solches geschehe, möchte wohl gegründetem Bedenken unterliegen.

V.

Beitrag zur Lehre von den Wetten.

Die Lehre von den Wetten ist lange Zeit nur nebenbei als Anhang bei der Lehre von den Spielen flüchtig berührt und die Wette fast stets wie eine Unterart der Spiele mit wenig Worten abgefertigt worden. Wenn nun auch nichts gegen diese Stellung im Systeme erinnert werden soll, so muß doch vor der hieraus gezogenen Folgerung gewarnt werden, daß nun auch die Wetten wie die Spiele zu behandeln sind und namentlich ebenso wenig eine Klage als diese erzeugen. Diese Ansicht, welcher auch in neuerer Zeit Freiesleben in seiner diss. de sponsionibus, Lips. 1822, wo zuerst diese Doctrin erschöpfend behandelt wird, beitritt, gründet sich entweder auf eine falsche, schon von Anderen widerlegte Erklärung des bekannten fr. 3. D. de aleator. [1]) oder auf, aus allgemeinen Rücksichten und einer gewissen Gleichartigkeit beider, der Wetten und der Spiele, hergeleitete Argumente. Allein selbst wenn man diese Gleichartigkeit derselben, die doch in dieser Allgemeinheit nicht stattfindet, zugestehen wollte, so würde sich hieraus noch nicht der Schluß rechtfertigen, daß man ebenso den Wetten die civilis obligatio versagen dürfe, wie die Gesetze sie den Spielen entziehen, indem es immer bedenklich bleibt, aus allgemeinen Gründen und der zu einer solch' exorbitanten Behauptung und Consequenz sich niemals rechtfertigenden ratio legis einem Vertrage seine klagbare Giltigkeit zu entziehen.

---

1) Vergl. Overbeck, Medit. II. Bd. 71. Weber, v. d. nat. Verb. § 65. not. 2. (5te Ausg. S. 233.) Thibaut, Pand. S. § 576. Mühlenbruch, Doctr. Pand. § 427. Die bei den Spielen contrahirten Wetten galten, insofern die ersteren galten, und sind dann ebenso beschränkt, wie diese, wie auch die Basiliken das Fragm. Marciani mit ἐπὶ τούτοις γὰρ συνθηκίζειν ἔξεστιν übersetzen.

Das Römische Recht giebt den Wetten die civilis obligatio [2]). Es fragt sich daher, ob vielleicht jene Gleichstellung durch die vaterländische Gesetzgebung und namentlich in dieser großen Ausdehnung erfolgt sei. Hier wird zuvörderst [3]) Const. ined. XXXXII. wichtig, wo es heißt: „Dieweil denn ehrliche Wetten im gemeinen Rechten auch höher denn ein ungarischer Gulden austrägt, zugegeben und erlaubt" [4]), und sonach hierdurch nicht blos bestätigt, daß die damalige Praxis unzweifelhaft (denn nur die Höhe des Wettebetrags wurde bestimmt) den Wetten civilis obligatio beigelegt, sondern auch bei denselben die bei den Spielen geltenden Regeln ausgeschlossen [5]). Die Polizeiordnung v. 22. Jun. 1661. Tit. 8. „Vom Spiel" bestimmt: „Nun stellen wir zwar ehrliche oder künstliche Spiele, welche zur Tugend anzuleiten oder den Verstand zu schärfen in Rechten vergönnet, wenn nur dieselben nicht Gewinnsts halber angestellet oder sonst kein Betrug darunter, wie denn auch ehrliche Wetten, so außer dem Spiele geschehen, an ihren Ort", bestätigt sonach, fast übersetzend, die Bestimmung von D. XI. 5. fr. 3., und giebt daher dieses Gesetz ebenfalls den Beweis, daß man die Wetten nur insoweit verpönte, als sie bei und über unerlaubte Spiele contrahirt wurden und

---

2) D. de praescr. v. fr. 17. § 5. Glück, a. a. O. Mühlenbruch, l. l.

3) In dem Art. 101. des Sächs. Weichb. R. steht nichts von den Wetten, wie aber schon König, Proc. cap. 57. VI sqq., und nun wieder auch Freiesleben, § 5. Pg. 14., annehmen. Vergl. schon Carpzov, Jurispr. for. II. c 19. def. 18. Vielmehr ist in diesem Art., so wie auch in Lib. I. art. 6 III. 6. J. P. S. nur von der Unverbindlichkeit der Spielschulden die Rede.

4) Haubold, Handb. d. Churfächs. Gesetze. S. 163.

5) Wie die Consult. Sax. Lib. I. Qu. 141. (Ed. Mindani II. Pg 210) zeigen, wurde jene Entscheidung proponirt, um die zum Theil entgegenstehende Ansicht König's l. l. beim Rechtsprechen auszuschließen, obwohl König selbst l. l. n. VII. eine Klage aus einer sponsio honesta zuläßt und nur den inhonestis die Klagbarkeit versagt, so wie die Ansicht der Consultationen, daß nach gemeinen Rechten auch über einen ungarischen Gulden gewettet werden könne, in dem dafür auch in der Decision angezogenen D. XIX. 5. fr. 17. § 5. weder Unterstützung, noch Widerlegung findet. In einem von Carpzov l. l. mitgetheilten Responso wird eine Wette von 10 Thlrn., die ein Bauer contrahirt, für giltig und die Klage für zulässig erklärt.

jene bisherige Praxis ausdrücklich bestätigen wollte. Von besonderem Einflusse endlich erscheint das Mandat vom 20. December 1766 [6]). Das Rubrum dieses Mandats sowohl als die in § 1. („— und alle übrige Spiele, welche ihnen in der Art oder doch darinnen, daß sie vom Glück oder Zufall hauptsächlich abhängen, gleichkommen, nebst den Wetten darüber —"), in § 2. („die durch Wetten an dem Spiele Theil nehmen"), in § 5. („alle wegen des Spiels oder desfalls angestellten Wetten beschehen ꝛc.") enthaltenen Bestimmungen beziehen sich nur auf die bei den Spielen contrahirten Wetten. An anderen Stellen (§ 2. 3. 6 fgg.) sind zwar im Allgemeinen die hohen Wetten, ohne des Spiels dabei zu gedenken, verboten. Allein in Bezug auf § 2. 6 fgg. zeigen die Eingangsworte von § 2. und § 5. deutlich, daß auch hier nur von den bei Gelegenheit von Spielen contrahirten Wetten die Rede ist, dagegen dürfte § 3. von den Wetten im Allgemeinen, ohne sie auf Spiele zu beschränken, zu verstehen sein [7]). Es läßt sich nun aber nicht behaupten, daß durch dieses Mandat jener Const. ined. derogirt worden sei, wie Freiesleben a. a. O. § 5. angenommen, vielmehr muß man, bei dieser Beschränkung des Verbots der Wetten auf die bei Spielen contrahirten, auch hier eine Bestätigung des früheren Rechts, wie es in der Pol. O., gestützt auf jene Constitution, enthalten, finden. Wenn hierbei das hohe Wetten verboten worden, so kann hieraus noch nicht mit Freiesleben eine Gleichstellung der Wetten mit den Spielen im Allgemeinen gefolgert werden, vielmehr muß man annehmen, daß man bei dem dem Richter gegebenen Rechte der Ermäßigung der Spiel- und Wettsummen denselben nur nicht mehr an die bei den damaligen Geldverhältnissen unpassenden Sätze der Polizeiordnung binden und ihn bei Ausübung dieses Moderationsrechts vielmehr an die in concreto gerade vorliegenden Verhältnisse der Wettenden verweisen wollte. Der Grundsatz, daß die Wet-

---

6) Mandat wegen der Hazard- und anderen hohen Spiele, auch des darüber angestellten Wettens, ingleichen der Ungiltigkeit der Spielschulden. C. C. Aug. I. pg. 917 fgg.

7) Freiesleben, l. l. § 4. und Berger, Oec. jur. III. 3. th. VI. n. 3.

ten eine civilis obligatio erzeugen, wurde daher nicht alterirt, sondern nur dem Richter hier das Moderationsrecht gegeben, — ebenso wenig als wir in der Bestimmung der insinuationsfreien Summe bei Schenkungen eine Aufhebung, sondern nur Beschränkung des Klagerechts auf diese Summe finden [8]). Das Gesetz verbietet nicht die Wetten überhaupt, sondern nur die hohen Wetten, und wenn es dabei auch der Spiele erwähnt, so war deren Ungiltigkeit doch in der vorigen § bereits unbedingt ausgesprochen [9]).

Die gemeine Praxis anlangend, so erklärt z. B. selbst Dabelow, Civ. R. § 2455., obgleich er irrig die Wetten den Spielen wegen fr. 2. § 3. de aleat. im Röm. Rechte gleichstellt, die Wetten nach jetzigem Rechte durchgängig für verbindlich.

Sonach kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Klage auf Bezahlung einer in einer Wette verlorenen Summe, dafern dieselbe als den Vermögensverhältnissen des Verlierenden nicht unangemessen befunden wird und die Wette nicht bei einem uner-

---

8) Cf. Sande, Decis. aur. Lib. III. 9. 1. und Carpzov, l. l.

9) Die Ansicht von Leyser, Spec. 127, med. 7., und Dabelow, Civilr. § 2455., daß die Grundsätze über die Insinuation der Schenkungen bei Ausübung des Moderationsrechts in Anwendung zu bringen seien, findet nirgends Unterstützung, so wie consequent dann eine über 500 solidi betragende Wette durch Insinuation Giltigkeit und Klagbarkeit erhalten würde, auch die bei Schenkungen vorgeschriebene Insinuation auf einem anderen Principe, als das Moderationsrecht bei den Wetten und Spielen beruht (C. III. 43. c. ult.). Es kann hierbei keine bestimmte Norm für alle Fälle im Voraus gegeben werden, sondern die Entscheidung bleibt dem Richter überlassen (Menken, Syst. Lib. XI. T. V. 9., und Schaumburg, Einl. z. Sächs. R. Th. III. Sect. 1. ex 7. § 13.), der hierbei nur bei ganz übermäßigen Schenkungen e. o., sonst nur erst auf Anrufen der verlierenden Partei, deren Vermögensverhältnisse sich nicht nach dem Stande, dem sie angehört, unbedingt abschätzen lassen, von diesem Moderationsrechte Gebrauch machen wird, wie auch das Mandat v. 1766, ohne der in der Pol. O. angegebenen Sätze zu erwähnen oder andere festzustellen, im Allgemeinen nur hohe Wetten und Spiele verbietet, so daß auch bei den Spielen die Anwendung dieser Sätze der Pol. O. bei dieser ganz allgemeinen Bestimmung nicht mehr statthaft sein dürfte.

laubten Spiele contrahirt ward, als zulässig angesehen werden muß.

Ist es zum Begriffe einer Wette erforderlich, daß die Streitenden sich gegenseitig zu einer Buße verpflichten, die derjenige dem anderen geben soll, dessen Meinung sich als die unrichtige zeigen werde, oder gnügt es, wenn nur einer der Streitenden für den Fall, daß seine Meinung sich nicht als die richtige bewähren würde, etwas dem Anderen zu leisten verspricht? Die Mehrzahl der Rechtslehrer sind der ersteren Ansicht [10]). Wenn hierbei einige Rechtslehrer [11]) die Wetten mit einer suspensiv bedingten Schenkung verglichen und nach den hierbei geltenden Grundsätzen beurtheilt haben, so haben sie jedenfalls den wesentlichen Gesichtspunkt dieser Frage verkannt, und z. B. Leyser l. l. sich selbst durch das doppelsinnige sponsio, was nicht blos auf Wetten sich bezieht, irre leiten lassen [12]), Wetten und Schenkungen zu confundiren.

Der zum Begriff einer Wette erforderliche Meinungskampf verlangt, daß von beiden Theilen etwas für den Fall, daß des Anderen Meinung sich als wahr zeige, gesetzt werde. Schon das gemeine Leben wird denjenigen Streit nicht als Wette bezeichnen, wo für den Fall der Entscheidung von keinem oder nur von einem der Streitenden etwas ausgesetzt und dem Anderen versprochen worden ist. Darin liegt das Charakteristische, daß der Andere daraus, daß seine Meinung als die richtige befunden, etwas lucrire, und der Vertrag, wo nur der Eine etwas ausgesetzt hat, ist eine suspensiv bedingte Schenkung. —

---

10) Z. B. Menken, Syst. jur. Lib. XI. Tit. V. n. 9. Curtius, Civilrecht. § 1563. Thibaut, P. S. § 576. Mühlenbruch, Doctr. P. § 425. Zweifel erregen die von Glück, Erl. d. P. XI. S. 350. Leyser, Sp. 127. med. 1. Mackeldey, Lehrb. § 443. (ed. Roßhirt, II. S. 317) gegebenen Definitionen, obgleich die beiden ersteren bemerken, daß aequalitas nicht erforderlich sei. A. M. ist jedoch ohne weiteren Nachweis Schweppe, R. Priv. R. § 521. (Ed. noviss. III. S. 371).

11) Leyser, Med. ad P. l. l. med. 7. Schaumburg, a. a. O. Vgl. Freiesleben, l. l. Pg. 21, 25.

12) Daher beweisen auch die von Glück a. a. O. § 760. not. 8. und Mühlenbruch l. l. angezogenen Stellen nichts für die Klagbarkeit der Wetten.

Archiv Bd. 1850 S. 39. Zeitschr. f. H. R. Bd. III. S. 492 u. f. Bd. XI. S. 378.

Für diese Ansicht spricht auch die bei dieser Frage gewöhnlich unbeachtet gebliebene Stelle **D. de praescr. verb. fr. 17. § 5.** [13]). Der Fall ist der: die Wettenden hatten als **pignus sponsionis** mehrere Ringe bei dem C. niedergelegt, damit dieser sie dem künftigen Sieger ausantworte. Als der Streit sich entschieden, weigert sich der C., die Ringe dem Sieger herauszugeben. Sabinus will ihm die Diebstahlsklage geben, — mit Recht verwirft Paulus diese Ansicht, **quia neque possessionem neque dominium victor habuit**, und diese Worte beziehen sich mithin auf den von dem Verlierenden gegebenen Ring. Erst die Schlußworte: **sui annuli duntaxat repetitio erit**, beziehen sich auf den von dem Sieger deponirten Ring. Sonach hatten beide Theile ein **pignus sponsionis** gesetzt [14]).

Der Fall, welcher diese Bemerkungen veranlaßt, ist folgender: A. und B., zwei Bauern, wetten, wie es in der Klage heißt, mit einander, daß der A. dem B., wenn ersterer eine gewisse Pachtung nicht erhielte, 50 Louisd'or geben wolle. A. erhält die Pachtung nicht, und B. klagt nun auf Bezahlung der verfallenen Wette. Die Klage steht auf Beweis, und der Beklagte leugnet den Klagegrund. Die Klage war, selbst wenn eine Wette anzunehmen, statthaft. Allein eine Wette liegt nicht vor, da nur einer der Streitenden auf den Fall, daß seine Ansicht sich nicht als richtig bewähren würde, etwas gesetzt hatte, vielmehr nur eine bedingte Schenkung. Es dürfte daher auf Beweis zu erkennen gewesen sein, wobei nur noch zu erinnern, daß, wenn, wie jedoch gewöhnlich der Fall sein wird, unter dieser Pachtung nicht gerade die jetzt offenstehende Pachtung von den

---

13) **Si quis sponsionis causa annulos acceperit nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat. Quemadmodum enim rei nomine, cujus neque possessionem neque dominium victor habuit, aget furti? Plane, si in honesta causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.**

14) So haben demgemäß die Verfasser des Preuß. L. R. (Thl. I. Tit. XI. § 579.) aus einer Wette nur dann eine Klage gestattet, wenn der Betrag derselben sogleich baar gesetzt und entweder gerichtlich oder bei einem Dritten niedergelegt ward.

Streitenden verstanden wurde, eine solche negative Bedingung sich erst mit dem Tode des Schenkgebers erfüllen könnte.

Die in dieser Sache gesprochenen Erkenntnisse aber wiesen die Klage ab, aus folgenden Gründen:

(Facultätsurthel): „— wenn es schon wegen Ermangelung eines gegenseitigen Versprechens Klägers auf den entgegengesetzten Fall nicht eine Wette genannt werden kann, dennoch einer solchen sehr nahe kommt und nach Analogie derselben zu beurtheilen, mithin die angeblich versprochene, nach dem Stande des Beklagten für höchst unmäßig zu achtende vorberegte Summe [15]) auf eine diesem Stande angemessene herabzusetzen (Leyser, Med. spec. 127. med. 7. Berger, Oec. for. Lib. III. Tit. 3. th. 4. not. 3. n. 3. Thibaut, Syst. des Pand. R. § 917.), diese auch nach Analogie der Gesetze über erlaubte Spiele höher als einige Groschen nicht zu bestimmen und mithin die vorliegende Sache jedenfalls als eine geringfügige zu behandeln ist nun aber Kläger sein Anführen, das Beklagter pct. LC.. in Abrede gestellt, mit etwas nicht bescheinigt, weniger selbiges mit Eidesantrag unterstützt hat, so ꝛc."

Das vormalige App. Ger. confirmirte aus folgenden Gründen: „Der Contract, der der Klage zum Grunde liegt, ist allerdings als Wette anzusehen. Zwar hat nur Beklagter etwas zu geben versprochen, wenn sich ergeben sollte, daß seine Behauptung unrichtig sei, und ein Gegenversprechen von Seiten des Klägers für den Fall, wenn sich des Beklagten Behauptung als unwahr darstellen sollte, hat nicht stattgefunden. Allein, daß jeder der Wettenden etwas zu geben versprochen, ist nicht wesentliches Erforderniß der Wetten, obgleich die Rechtslehrer zu den Wetten ein gegenseitiges Versprechen zu erfordern pflegen. Eine bestimmte Bezeichnung des Begriffs einer Wette

---

15) Daß der Stand nicht entscheiden kann, liegt im Geiste des Mand. v. 1766 und der Natur der Verhältnisse. Dürfte nun nicht vielleicht der Richter berechtigt sein, vor Abfassung des Erkenntnisses darüber vom Unterrichter Auskunft zu erfordern, ob er, dem die Vermögensverhältnisse seiner Gerichtsuntergebenen bekannt sein müssen, den Wettebetrag für die Wettenden unangemessen halte?

findet sich in den Gesetzen nicht; jedoch ergiebt sich aus den Gesetzen so viel, daß sie die Wetten als ein den Spielen ähnliches Geschäft betrachten. Denn so wie die Gesetze von ludis honestis sprechen, und daß dabei hauptsächlich virtus zu beachten sei, gedenken, so fordern sie auch, daß die sponsiones honestae seien, und setzen auch bei sponsionibus fest, daß vorzüglich, ob pro virtute certamen fiat, in Betracht zu ziehen sei (D. XI. 5. fr. 3. XIX. 5. fr. 17. § 5. Pol. O. v. 23. April 1612). Deßgleichen sind hohe Wetten ebenso, wie hohe Spiele, gesetzlich verboten (Mandat vom 20. Dec. 1766). Es werden aber die Wetten dem Spiele nicht einzig dadurch ähnlich, wenn ein jeder der Wettenden für den Fall, daß seine Behauptung als unrichtig erscheinen sollte, etwas zu geben verspricht, sondern die Wetten werden vorzüglich durch den dabei herrschenden Streit der Behauptungen, durch den Meinungskampf den Spielen ähnlich. Dieser unter den Contrahenten stattfindende Meinungskampf [16]) ist daher als das zum Begriffe der Wette erforderliche Merkmal anzusehen. Es entsteht nun die Frage, ob die in der Klage bezeichnete Wette zu den hohen Wetten zu rechnen ist? Was eine hohe Wette ist, ist in jedem einzelnen Falle durch das Ermessen des Richters festzustellen. (Klien, üb. Spielverbote in Zachariä's Annalen. Thl. II. nr. 12. S. 173. 177. Freiesleben, diss. de sponsion. cap. III. § 7. pg. 30. Glück, Erl. d. P. XI. § 761. S. 357.) Und im vorliegenden Falle muß das Ermessen des Richters jedenfalls dahin gehen, daß Beklagtens Wette ungiltig und die Summe, auf welche das richterliche Ermessen die Wette herabzusetzen hat, ohne Zweifel nur eine geringfügige sei ꝛc."

---

16) Gerade dieser aber verlangt, daß beide Theile setzen müssen. Es ist weder ein Kampf, noch ein Spiel, wo nur einer der Certirenden, der schon bestimmt ist, gleich vom Anfange herein nur verlieren, der andere nur gewinnen kann.

VI.

Zur Erläuterung der Dec. 36. von 1746.

Die Pflicht des Vaters, seine Kinder zu alimentiren, fällt bekanntlich dann weg, wenn sie sich entweder selbst durch eine ihrem Stande angemessene Arbeit zu ernähren im Stande sind oder selbst Vermögen besitzen, von dessen Früchten die Alimente bestritten werden können, wobei jedoch der Vater, dafern jener Erwerb oder diese Früchte nicht hinreichen, um diese Alimente zu decken, das Fehlende zuzuschießen immer noch verpflichtet bleibt [1]). Haben die Aeltern trotz dessen von ihrem Vermögen den Kindern Alimente gegeben, so entspringt gegen sie die Rechtsvermuthung, daß sie dieselben ihnen donandi animo gegeben haben [2]).

---

1) Vgl. Bauer, Diss. de patre ad alendos liberos qui bona habent obligatio § XI. (Opusc. Acad. I. pg. 78.) Berger, Oec. jur. I. Tit. III. th. 15. n. 10. (Pg. 112. Edit. Winkler.) Hommel, Rhaps. Obs. 667. nr. 12. 15. Bülow u. Hagemann, Erört. VI. 15. S. 90. Hufeland, Lehrb. d. Civ. R. § 854. Günther, Princ. jur. R. § 419. Glück, Erl. d. P. § 1285. Thl. XXVIII. S. 58. von Wening-Ingenheim, Lehrb. III. § 215. Curtius, Handb. § 158. Thibaut, Syst. d. Pand. § 243. Mühlenbruch, Doctr. Pand. § 211. Schweppe, Handb. d. R. Pr. R. § 642. (IV. Bd. S. 18. Ed. noviss.)

2) Bei der Mutter ist dieß nach D. de neg. g. fr. 34. (s. üb. dieses Gesetz Gottschalk, Disc. for. III. 10. pg. 150. Ed. II., und Hänsel, Bemerk. u. Excurse. I. S. 339), zweifellos, indem hier, um die Annahme einer Schenkung auszuschließen, u. A. eine Protestation für erforderlich erklärt wird, diese aber nur bei denjenigen Thatsachen nöthig ist, die eine Rechtsvermuthung involviren; im Uebrigen aber entweder — bei theils der Natur der Sache, theils den Gesetzen nach unzweifelhaften Thatsachen — unstatthaft oder — bei bloßen praes. facti — nur nützlich ist. Allein es ist dieser Gegenbeweis, den solchenfalls die Mutter zu führen, nicht auf den Beweis einer vorgängigen Protestation, wie gewöhnlich z. B. von Curtius, III. § 1332. geschieht, oder auf diesen

Hierbei ist von Bauer [3]) ausführlich bereits gezeigt worden, daß dem Vater das Recht nicht zustehe, Behufs der Alimentation auch die Substanz der Adventitien zu verwenden und namentlich dieselben zu veräußern, vielmehr derselbe die Alimente nur aus den Früchten der Adventitien, obgleich er überdieß schon zur Perception derselben berechtigt ist, bestreiten dürfe und

---

und den Beweis der Rechnungsführung, wie Carpzov, jpr. for. II. 10. n. 23., zu beschränken, indem die angef. Gesetzstelle offenbar nur ein Beispiel geben wollte. (Vergl. eine ähnliche Bestimmung in Betreff der Collation der Studirkosten in Dec. 50. v. 1661.) Die const. 11. C. II. 19. steht nicht entgegen, indem Paulus selbst, auf diese Constitution Bezug nehmend, die Frage für eine res facti erklärt. Ob dieses auch auf den Vater übertragen und ihm das Recht ertheilt werden könne, bei der Herausgabe der Adventitien nach geendigter Gewalt die verwendeten Alimente zuvörderst abzuziehen, wie u. A. auch Curtius a. a. O. § 158. annimmt, möchte wohl mit Bauer l. l. § 16. 18. und Bülow a. a. O. bezweifelt werden; allein weniger deßhalb, weil bei der von den Gesetzen dem Vater unbedingt auferlegten Verpflichtung der Alimentation die Protestation unstatthaft sei, als vielmehr deßhalb, weil der Vater, da er die Früchte der Adventitien proprio jure ohne Verpflichtung zu ihrer gänzlichen oder theilweisen Restitution percipirt, zugleich aber auf sie allein auch wegen der Alimente angewiesen ist, in der That nichts herausgiebt, worauf er die prästirten Alimente giltig abrechnen könnte. Am wenigsten läßt sich daher die Ansicht derer rechtfertigen, z. B. Berger l. l., welcher dem Vater unbedingt das Rückforderungsrecht, das sie der Mutter versagen, zugestehen. — Diese Vermuthung der Schenkung kann außer gegen die Aeltern nicht geltend gemacht werden, vielmehr ist dießfalls eine negotiorum gestio anzunehmen. Vergl. Kritz, Pand. R. Thl. I. Bd. 1. S. 355. Schweppe, a. a. O. S. 20. Hänsel, a. a. O. S. 332, und die daselbst angezogenen Rechtsl. A. M. sind Curtius, a. a. O. § 1332. (wobei übrigens zu bemerken, daß die not. c. citirten Thibaut u. Berger, worauf C. sich beruft, gerade der entgegengesetzten Ansicht sind), Glück, Erl. d. P. § 1290. e. S. 291. Vgl. auch Kori, in s. u. v. Langenn's Erört. Thl. I. N. 1. (S. 7. 2te Ausg.)

3) l. l. § 11 sqq. 17. Vergl. auch Hommel, l. l. n. 15, u. Hänsel, a. a. O. S. 337. Dieses ergieht sich auch aus c. ult. § 5. C. de bon. quae lib. — Daß der Vater seinem Sohne, qui se exhibere potest, trotz dessen nach dem Ermessen des Richters Alimente ex propriis geben müsse, wie Hänsel annimmt, läßt sich aus fr. 5. § 7. D. XXV. 3. nicht ableiten, und dürfte sich dieses Gesetz nur auf den Fall beziehen, wo die Früchte oder der Erwerb nicht ausreichend zur Alimentation sind.

für den Ausfall seine subsidiäre Alimentationsverpflichtung wieder in Kraft trete [4]), wobei allerdings der Vater fordern kann, daß das nicht nutzbare Vermögen der Kinder in nutzbares verwandelt werde. Zu den Alimenten gehört aber nicht, nach der Bestimmung von **D. XXV. 3. fr. 5. § 16.**, die Bezahlung von Schulden des Alimentandus, vielmehr bleibt es dem Vater nachgelassen, bei dringenden Schulden, die nicht durch die Früchte gedeckt werden können, selbst die Substanz der Adventitien zu veräußern, ohne ihm selbst hier ein subsidiäres Eintreten, wie bei der Prästation der Alimente, anzusinnen [5]). Daher scheint es doch bedenklich, die in einem Processe des Sohns aufgelaufenen Kosten den Alimenten gleichzustellen [6]), wenn auch die Art der Aufbringung zunächst dieselbe ist, daß sie

---

4) Wenn der Sohn die Verwaltung und den Nießbrauch hat, wie beim castrensischen Peculium, so kann man mit Bauer l. l. nicht sagen, daß der Vater von den Früchten desselben die Alimente zu bestreiten habe, da derselbe diese Früchte gar nicht percipirt und hier der Sohn ihm als selbstständig gegenüber steht; vielmehr kann sich der Vater gegen die ihm angesonnene Alimentationspflicht damit schützen, ut filius ipse se exhibere possit, und verlangen, daß die Nutzungen von diesem Vermögen zuvörderst zur Alimentation ihm übergeben würden; von einer wirklichen Prästation der Alimente seinerseits kann jedoch nicht die Rede sein.

5) **C. VI. 60. c. ult. § 3. 4.**

6) Schweppe, a. a. O. S. 19. not. 1. — X. de accusat. (V. 1.) c. 11., was man anführt, beweis't nichts. Der Pabst gestattet hier den Mönchen eines Klosters, ihren Abt zu verklagen, und bestimmt, daß ihnen, da nöthig, bis zum Ausgange des Processes die Kosten aus dem Klostervermögen gewährt würden. Ebenso würden h. z. T. in einem Processe einer Gemeinde unter sich nicht blos die, welche zufällig die Gemeindekasse in den Händen haben, die Kosten aus dieser zu bestreiten berechtigt, sondern auch verpflichtet sein, dieses Befugniß auch den gegenüberstehenden Gemeindegliedern zu gewähren. Kori, in seinen und v. Langenn's Erört. II. S. 59. (Ausg. 2.) Allein weder hier noch in **D. V. 2. fr. 27. § 3.** ist eine Gleichstellung mit den Alimenten vorhanden. Im letzteren Gesetze entscheidet Ulpian, daß der Sohn oder Enkel, welcher gegen den vom Vater eingesetzten Erben die Inofficiositätsquerel angestellt und bereits ein günstiges Urthel erlangt hat, wogegen der Erbe appellirt, von diesem Alimente bis zum Ausgange des Proc. fordern könne. Vgl. üb. dieses Gesetz vorzüglich Merenda, controv. jur. Lib. V. cap. 28. Vgl. auch Leyser, Med. Sp. 313. med. 6.

nämlich zuvörderst aus den Früchten bestritten werden sollen, so wie die Pflicht des Vaters, auch hier in subsidium eintreten zu müssen, auch aus allgemeinen Regeln und der Pflicht, die Kinder zu vertheidigen, ebenso wenig als beim Ehemanne sich rechtfertigen ließe. Noch weniger lassen sich demnach die für den in Criminaluntersuchung befangenen Sohn aufgewandten Defensionalien zu den Alimenten zählen, zumal sie auch aus einer willkürlichen und widerrechtlichen Handlung desselben entstanden sind.

Die Churſächs. Decision 36. v. 1746 [7]) hat nun bestimmt, daß der Vater (u. Ehemann) die auf seines Sohnes (u. Weibes) Alimentation und Defension verwandten Unkosten in subsidium, und wenn (das Eheweib oder) die Kinder gar nichts im Vermögen haben, — nicht auch die übrigen Kosten — aus seinen eigenen Mitteln zu bezahlen verbunden sein solle. Man hat sonach einerseits die auf die Defension des Sohnes verwandten Kosten mit den Alimenten gleichgestellt, und den Vater, da nöthig, zu ihrer Berichtigung aus eigenen Mitteln verpflichtet andererseits jedoch diese Verpflichtung nicht schon dann, wie bei den Alimenten, eintreten lassen, wenn die Früchte des Vermögens des Sohns nicht ausreichen, sondern erst wenn dieses letztere überhaupt nicht ausreicht, so daß also der Vater hier, wie bei anderen dringenden Schulden des Sohns, ganz wie im gemeinen Rechte, insoweit zu der Veräußerung dieses Vermögens berechtigt ist.

Hieraus dürfte sich aber von selbst ergeben, daß man nicht behaupten kann, daß das gemeine Recht durch diese Decision beschränkt worden sei.

Es versteht sich hierbei von selbst, daß der auf Grund dieser Decision belangte Vater diejenigen facta, durch welche die väterliche Gewalt aufgelöſ't worden, wenn er auf solche Behufs der Ablehnung seiner Verbindlichkeit sich bezieht, beweisen muß, da durch dieselben ein bereits erwiesenermaßen bestehendes Verhältniß aufgelöſ't wird und sie sonach nicht vermuthet werden können. Es fragt sich nur, ob dieses subsidiäre Eintreten des

---

7) C. C. A. I. 360.

Vaters demselben ein Recht geben kann, sich hiermit, gleichwie der Bürge mit der exc. excussionis, bis zur vergeblichen Ausklagung des Sohns zu schützen. Allein weil eben der Vater während der Dauer der väterlichen Gewalt präsumtiv Verwalter und Nutznießer des Vermögens des Kindes, daher auch als solcher in Anspruch zu nehmen und den Anspruch aus dessen Vermögen zu gewähren schuldig ist, oder, wenn das Kind kein eigenes Vermögen besitzt, diesen Anspruch aus eigenem Vermögen decken muß, so bleibt der Vater immer derjenige, an welchen sich der Kläger, welcher z. B. Bezahlung von Defensionalien fordert, zu halten hat, und daher kann dieser nicht wegen der Bestimmung abgewiesen werden, daß der Vater nur in subsidium hafte [8]). Vielmehr kann, da der Vater nicht principaliter aus eigenem Vermögen für die Defensionalien haftet, diese subsidiäre Verbindlichkeit sich nur auf die Vermögensverhältnisse zwischen Vater und Sohn beziehen.

Selbst aber, wenn man annehmen wollte, daß das Recht des Gläubigers durch dieses subsidiäre Eintreten des Vaters dergestalt afficirt werde, daß dieser sich mit der exceptio excussionis bis zur vergeblichen Ausklagung schützen könnte, ist (abgesehen davon, daß, wenn der Haussohn nicht zufällig castrensisches Peculium oder außerord. Adventitien besitzt, er nicht einmal im Stande wäre, die Anforderung zu befriedigen, da sowohl das Eigenthumsrecht des Vaters an den Profectitien, als das Nutznießungsrecht an den Adventitien eine eigenmächtige Disposition des Sohns hierüber ausschließen, und sonach die Klage des Gläubigers von Anfang herein als inanis sich herausstellen würde) in dem Gesetze nirgends vorgeschrieben, wodurch das Unvermögen des Sohns nachgewiesen werden soll, und liegt sonach kein Grund vor, die hierzu geeigneten Mittel gerade auf die Ausklagung — wie aber geschehen — zu beschränken. Der Vater müßte sich jedenfalls auch dann die Klage gefallen lassen, wenn eben der Sohn die conveniendi

---

8) Auch Bauer, in s. Erl. der Decis. Bd. II. Dec. 36. § 10. S. 275, bemerkt: „wenn die Verbrecher eigenes Vermögen haben, muß der Vater — davon — den Schaden ersetzen." —

facilitas nicht gewährte. Hierher gehört nicht blos, wenn der Sohn inops ist, sondern auch, wenn er überhaupt, wie die Gesetze [9]) vom Bürgen sagen, nicht idoneus, locuples ist, z. B. so weit entfernt ist, daß seine Ausklagung großen Schwierigkeiten unterliegt [10]), so wie sich auch ein Correalschuldner nicht mit der exc. divisionis schützen kann, wenn die übrigen correi debendi zahlungsunfähig oder schwer zu erlangen sind [11]). Es liegt diesen Bestimmungen überall das Princip zum Grunde, daß außerdem der Gläubiger nur zu oft seines Klagerechts beraubt und auf immer von seinen Forderungen ausgeschlossen würde, ohne die ihm durch Vertrag oder Gesetz gegebene Sicherheit, eventuell auch dritte Personen in Anspruch zu nehmen, benutzen zu können, und die Rechtsverfolgung erschwert, ja oft unmöglich gemacht werden würde.

Diese Sätze kamen bei Erörterung und Entscheidung des folgenden Falles zur Anwendung:

A., in väterlicher Gewalt des B. befindlich, wird injuriarum belangt und beauftragt den C. mit Abfassung einer Vertheidigungsschrift, die auch zu den Akten eingereicht ward. Bei dem Arrangement des Schuldenwesens eines Dritten meldete auch B. sich als Gläubiger und war mit locirt worden. Jetzt trat C. auf und trug auf Inhibition des Perceptionsquanti nach Höhe der von ihm für die für den A. ausgearbeitete Schutzschrift liquidirten und festgestellten Defensionalien, zu deren Bezahlung B. als Vater verpflichtet sei, an und bemerkte noch — was notorisch war — daß der A. sich in das Ausland begeben, ohne daß man seinen Aufenthalt genau kenne. Bei dem Widerspruche des B. gegen dieß Gesuch ward von dem Gerichte ein Bescheid ertheilt, in welchem ersteres für unstatthaft erklärt wurde, 1) weil der B. nur in subsidium hafte, nun aber von dem C. nicht angegeben worden, daß er den A. vergeblich ausgeklagt habe, 2) weil die Decision sich nur auf die in wirklicher Criminaluntersuchung, nicht auch gemeinen Rügensachen aufge-

---

9) D. II. 8. fr. 2. pr. fr. 7. Nov. 4. c. 1.

10) Curtius, Handb. IV. § 1596. 2.

11) Cod. VIII. 40. c. 2. Auth. Hoc ita. Curtius, III. § 1145.

laufenen Defensionalien beziehe, und 3) weil die dem C. gegebene Vollmacht nicht von dem B., sondern dem A. ausgestellt worden sei [12]), wobei übrigens der B. wiederholt noch anführte, daß A. längst aus seiner Gewalt getreten sei.

Das App. Ger. zu Dresden erachtete das Inhibitionsgesuch für statthaft aus folgenden Gründen:

Die Dec. 36. v. 1746, welche bestimmt, daß der Vater die Defensionskosten für die in seiner Gewalt stehenden Kinder, wenn diese nichts im Vermögen haben, aus eigenen Mitteln tragen soll, ist in dem Bescheide erster Instanz so ausgelegt worden, daß sie nur von Vertheidigungskosten, die in einem ord. Untersuchungsprocesse erwachsen, nicht aber von Extrajudicialien in einer gemeinen Rügensache zu verstehen sei. Dieser Auslegung steht jedoch entgegen, daß das angezogene Gesetz im Eingange ausdrücklich nicht blos in Hinsicht auf Verbrechen, sondern auch auf „Begünstigungen" der Kinder eine Entscheidung über die Verbindlichkeit zur Kostentragung geben zu wollen erklärt, mithin in allen folgenden auf Beides zu beziehen ist. Unter „Begünstigungen" wurden aber nach damaligem Sprachgebrauche leichtere Vergehungen verstanden. Es geht also daraus hervor, daß das Gesetz nicht blos bei unerlaubten Handlungen, auf welche eine schwerere Strafe gesetzt, und weßhalb von Amtswegen mit der Untersuchung zu verfahren ist, sondern bei allen und jeden, für die das in väterlicher Gewalt stehende Kind eine Strafe, sie sei härter oder gelinder, zu fürchten hat, dem Vater die Verpflichtung der Tragung der Vertheidigungskosten subsidiarisch auferlegen gewollt hat. — Daß A. sich noch in väterlicher Gewalt befunden, ist keinem Zweifel unterworfen; Bekl. hat aber auch nicht dargethan, daß derselbe seitdem eine eigene Haushaltung angelegt habe oder sonst emancipirt worden

---

12) Was diesen Grund anlangt, so kam darauf etwas nicht an, da auch das Gesetz die Verbindlichkeit des Vaters nicht darein setzt, daß gerade er dem Defensor Auftrag ertheilt haben müsse, sondern aus allgemeinen, aus dem zwischen Vater und Sohn intercedirenden Verhältnissen hervorgehenden Argumenten den ersteren zur Uebertragung der für letzteren aufgelaufenen Defensionalien für verbindlich erklärt.

sei; es muß also die väterliche Gewalt als noch bestehend angesehen werden, deßhalb kann denn auch Klägerm gegenüber nichts darauf ankommen, ob A. eigenes Vermögen besitzt oder nicht. Denn hat er ein solches, so ist Beklagter präsumtiv noch dessen Verwalter und also immer noch derjenige, an welchen Kläger sich wegen der Schuld seines Sohnes zu halten hat; ist er ohne Vermögen, so muß Bekl. die Kosten aus eigenen Mitteln tragen. Die Verfügung des Gesetzes, daß diese Verbindlichkeit des Vaters nur subsidiär sei, kann, so lange die väterliche Gewalt noch fortbesteht, der Natur der Sache nach nur auf die Rechtsverhältnisse zwischen Vater und Kind, nicht auf das Klagerecht dessen, der die Vertheidigungskosten zu fordern hat, Einfluß äußern.

Gesetzt aber auch, man könnte annehmen, daß Dec. 36. nicht von den in einer Rügensache zur Abwendung der Strafe aufgewandten Extrajudicialien zu verstehen sei, so würde dann die Verbindlichkeit Beklagtens nur um so gewisser eintreten, da die gedachte Decision nicht eine Erweiterung, sondern eine Beschränkung der nach gemeinem Rechte dem Vater obliegenden Pflichten enthält, wenn sie vorschreibt, daß derselbe Defensionskosten nur in subsidium zu tragen habe. Die fraglichen Kosten würden dann auch in die Kategorie der gewöhnlichen Proceßkosten fallen; nach gem. Rechte, das hierin in Sachsen nicht aufgehoben ist, liegt aber dem Vater die Tragung aller Kosten ob, die in einem nothwendigen, die in seiner Gewalt stehenden Kinder betreffenden Processe erwachsen.

c. 8. § 3. C. VI. 61.
Leyser, Med. ad P. Sp. 84. m. 5.
Schweppe, R. Priv. R. Thl. IV. S. 19. not. 1.
Glück, Pand. C. XXVIII. S. 57.
Hänsel, Bem. u. Exc. Thl. I. S 329.

Sonach ist in der Sächs. Decision nicht die Quelle dieser Verbindlichkeit, sondern nur die ihrer Beschränkung bei Defensionskosten auf den Fall, wenn die Kinder nichts im Vermögen haben, zu finden, daher aber auch nach der vom Gericht erster Instanz angenommenen Auslegung dieses Gesetzes die Verbindlichkeit des Beklagten unstreitig.

VII.

Zur Lehre von den Inhibitionen.

Zur Erläuterung nachstehender Erörterungen diene folgender Rechtsfall:

Die Ehefrau des St., mit welchem sie im Scheidungsprocesse sich befand, trug bei dem Amte X. zur Sicherstellung ihres Einbringens darauf an, der Besitzerin des D.schen Bauergutes zu K., auf welchem Gute ihr Ehemann ein Capital von 900 Thalern hypothekarisch zu fordern hatte, aufzugeben, daß dieselbe dieses Capital nebst Zinsen weder an ihren Ehemann, noch an irgend Jemand auszahle, sondern zur Verfallzeit gerichtlich niederlege und der Dec. 66. von 1661 und dem hierzu gehörigen Erläuterungsrescripte von 1721 bei Vermeidung der darin bemerkten Nachtheile sich gemäß bezeige. Hierauf ward die gedachte Besitzerin von dem Amte (besage einer jedoch an einem Formfehler leidenden Registratur) von jener Inhibition in Kenntniß gesetzt und beschieden, bei Vermeidung eigenen Ersatzes nichts auszuzahlen, sondern das Geld ad depositum zu liefern, auch wurde diese Inhibition dem Ehemanne der Klägerin bekannt gemacht.

Späterhin heirathete die D. den H. und verkaufte ihr Gut an denselben, welcher hierbei das St.sche inhibirte Capital als Theil des unbezahlten Kaufgeldes mit übernahm. H. zahlte hierauf dieses Capital nebst Zinsen an den St. zurück, und es ward auf Ansuchen H.'s die auf seinem Gute für diese Forderung haftende Hypothek von dem Amte cassirt. Nicht lange nachher brach zu dem Vermögen des St. Concurs aus, und er starb im insolventen Zustande, so daß seine Wittwe aus dem Nachlasse nur wenig zu ihrer Befriedigung wegen ihres Einbringens erhalten konnte.

Sie nahm nun die Erben des Beamten zu X. mittels einer Schädenklage in Anspruch, weil derselbe, als der zwischen der D. und H. über das Gut der ersteren abgeschlossene Kauf ihm zur Confirmation vorgetragen worden sei, unterlassen habe, für Aufrechthaltung der von Klägerin ausgebrachten Inhibition jenes Capitals zu sorgen und an den Käufer H. ein gleiches Zahlungsverbot zu erlassen, wie zuvor an die Verkäuferin D. erlassen worden war, indem die Klägerin zwar zugab, daß sie diese Erneuerung und Wiederholung der Inhibition nicht ausdrücklich beantragt habe, jedoch behauptete, daß dieselbe Beklagter Erblasser richterlichen Amts halber obgelegen habe. Ob mithin der Beamte ex officio verpflichtet gewesen ist, jene von ihm an die D. erlassene Inhibition auch auf H., als dieser das verpfändete Gut erkaufte, auszudehnen und das Zahlungsverbot zu erneuern, ist zuvörderst zu untersuchen:

In der Dec. 27. v. 1661, verbunden mit dem Erläuterungsrescripte zu derselben vom 19. Febr. 1721 (C. A. I. S. 1203) ist der Richter angewiesen, daß, wenn ein Zahlungsverbot nachgesucht werde, dasselbe sowohl dem Hauptschuldner, als dessen Schuldner mitgetheilt, und beiden zugleich dasjenige, was sie hiergegen einzuwenden vermöchten, binnen drei Wochen beizubringen nachgelassen werde, und ist dem Schuldner, der nichts destoweniger an den Gläubiger (den Schuldner des Impetranten) Zahlung geleistet hat, die Verpflichtung auferlegt worden, auch ohne vorherige Excussion dasjenige, „was er dem Impetranten zur Präjudiz bezahlet, sofort wieder anzuschaffen und zum gerichtlichen Depositum zu liefern."

Die übrigen in den von Inhibitionen handelnden Gesetzen befindlichen Bestimmungen beziehen sich fast allein auf die Beschränkung der Forderungen, welche inhibirt werden können, ohne über die rechtlichen Wirkungen der eigentlichen Zahlungsverbote etwas Besonderes zu enthalten, und nur die in der Proceßordnung ad T. XLIV. § 2. befindliche Bestimmung, daß an außenstehenden Capitalien und Forderungen durch eine Inhibition oder praeceptum de non solvendo ein jus reale nicht erlanget werde, ist noch von Wichtigkeit.

Derjenige, welcher sonach ein Zahlungsverbot an den Schuldner seines Schuldners ausbringt, erhält dadurch das Recht, seine Befriedigung, soweit er solche nicht unterdessen erlangt hat, von den in Folge des Zahlungsverbots von dem Schuldner seines Schuldners zur Verfallzeit eingezahlten Geldern zu verlangen [1]), und für den Fall, daß der Schuldner des Schuldners in praejudicium des Verbots gehandelt hat, was übrigens nicht allein durch Zahlung an seinen Gläubiger geschehen kann, die nochmalige Entrichtung dessen, was gezahlt worden, soweit seine eigene Forderung hiervon nicht überstiegen wird, von dem Contravenienten zu verlangen.

Das Recht mithin, was er durch die Inhibition erlangt, erstreckt sich nur auf das persönliche Forderungsrecht des Principalschuldners und legt dem Schuldner desselben in Bezug auf dasselbe einige Beschränkungen auf. Allein ein Mehreres wird durch die Inhibition nicht erlangt, und wenn daher die inhibirte Forderung zugleich mit einer Hypothek versehen ist, so wird das hierdurch dem Gläubiger (Principalschuldner) gegebene dingliche Recht an dem Grundstücke seines Schuldners keineswegs afficirt. Ebenso wenig wird aber auch (da die Hypothek selbst nur als ein zufälliges Accessorium der Forderung erscheint und die Geltendmachung desselben mittels besonderer Klage erfolgen kann, ohne die persönliche Klage unbedingt und ohne Weiteres auszuschließen) das Eigenthumsrecht des Schuldners an dem seinem Gläubiger für die inhibirte Forderung verpfändeten Grundstücke beschränkt und aufgehoben, und es können die aus diesem Eigenthumsrechte etwa hervorgegangenen Dispositionen des Schuldners von dem Inhibenten nicht als seinem durch die Inhibition erlangten Rechte zuwiderlaufend angefochten werden. Es steht vielmehr dem Inhibenten jederzeit frei, zur Sicherung seiner bescheinigten Ansprüche auch das dingliche Recht seines Schuldners an dem Grundstücke eines Dritten insofern und dadurch gleichsam zu inhibiren, daß er gegen jede Veräußerung und Gebahrung mit dem verpfändeten Grundstücke Seiten des Besitzers Appellation einwendet, dafern nicht

---

1) E. P. O. ad T. 39. § 20.

zugleich er wegen seiner Forderung hinreichend sicher gestellt werde, — wodurch der Richter verpflichtet wird, bei den ihm zur Confirmation vorgetragenen Veräußerungsverträgen über dieses Grundstück das Interesse des Inhibenten gehörig in Obacht zu nehmen.

Es steht mithin in des Inhibenten Willkür, ob er bei einer hypothecirten Forderung seines Schuldners nur dessen persönliches Forderungs- oder auch sein hypothekarisches Recht beschränken und hierdurch sich ein künftiges Executionsobject sichern will, und es können allerdings Fälle eintreten, wo bei der besonderen Garantie, die der Inhibent schon in der Persönlichkeit oder dem sonstigen Vermögen des Schuldners seines Schuldners findet, er die Inhibition des persönlichen Forderungsrechts seines Schuldners für ausreichend zur Deckung seiner Forderung hält und daher absichtlich von einer anderweiten Beschränkung des ersteren in Betreff der Disposition über sein Grundstück absieht.

Bei dieser Willkür des Gläubigers hat sich daher der Richter lediglich nach dem Antrage desselben zu richten und bei einem Gesuche um Inhibition einer Forderung, welche übrigens mit einer Hypothek geschützt ist, dem Schuldner des hypothekarischen Gläubigers keine größere Beschränkung aufzulegen, als die nothwendige Folge jenes Gesuchs ist. Es handelt sich hier nicht von einem Falle, wo die Interessenten ohne selbstthätige Wahrnehmung ihrer Interessen durch den Richter einer offenbaren Gefährdung derselben und selbst dem Verluste ihrer Rechte ausgesetzt sein können, vielmehr ist es dem die Inhibition veranlassenden Gläubiger selbst hinreichend bekannt, auf welche Weise er seine Forderung sichern könne, und seinem Ermessen überlassen, wie er dieses bewirken, und ob er eine einfache Inhibition der Forderung seines Schuldners hierzu für ausreichend halte. Wenn der Richter in dem letzteren Falle nichtsdestoweniger dem zweiten Schuldner auch eine Beschränkung seines Eigenthums und der Disposition über dasselbe auferlegen wollte, blos weil er dieselbe im Interesse des Inhibenten für räthlich erachtete, so würde er sich dadurch einer ganz unnöthigen und verwerflichen Bevormundung des Inhibenten und einer den

Antrag desselben überschreitenden, mithin ungerechtfertigten Beschränkung des Schuldners schuldig machen.

Der Schuldner ist demnach in dem Falle, wo sich die Inhibition auf die Forderung allein bschränkt, an einer Disposition über das für dieselbe verpfändete Grundstück nicht behindert. Nun liegt aber zugleich darin eine Rechtfertigung der Besorgniß, daß durch ein solches freies Dispositionsbefugniß leicht Verhältnisse herbeigeführt werden können, wodurch die Forderung erlischt und sonach das Executionsobject dem Inhibenten trotz der Inhibition entzogen wird, sonach aber auch die Schwierigkeit, seine Befriedigung nun noch zu erhalten, vermehrt wird.

Denn, indem der Acquirent des Grundstücks die auf demselben haftenden hypothekarischen Schulden als Theil des Kaufpreißes zu eigener Bezahlung mit übernimmt und dieselben wirklich an den Gläubiger abführt, erlischt die Forderung, und mit ihr das durch die Inhibition gesicherte Executionsobject, ohne daß Inhibent hiervon vielleicht die geringste Kunde erhielt.

Es stellt sich hiernach die Frage heraus, ob nicht der Richter von Amtswegen verpflichtet gewesen sei, in diesem Falle die gebetene Cassation der wegen jener Forderung bestellten Hypothek in Rücksicht auf das durch die erstere, wenn solche erfolgte, gefährdete Interesse des Inhibenten zu verweigern.

Diese Frage ist aber zu verneinen. — Der Richter ist weder verpflichtet, noch berechtigt, über den Antrag des Inhibenten hinauszugehen und nach den Gründen zu forschen, welche diesen bewogen haben, die durch das Gesetz seiner Wahl anheimgestellten Sicherungsmittel seiner Forderung auf eine einfache Inhibition zu beschränken. Ebenso wenig kann er verpflichtet und berechtigt sein, den Besitznachfolgern, auf welche die inhibirte Forderung passiv mit übergegangen ist, ebenfalls die Bezahlung derselben zu untersagen, dafern das Inhibitionsgesuch nicht ausdrücklich mit hierauf gerichtet ist, da es wohl in des Inhibenten Absicht liegen konnte, die Inhition auf die Person des ersten Schuldners zu beschränken, und kein Gesetz dem Richter die Verpflichtung auflegt, für die Sicherheit der Interessen

des Inhibenten ein Mehreres zu thun, als nothwendig in seinem Antrage liegt.

Aus diesen Gründen haben auch die A.-Ger. zu Dresden und Leipzig und das O.-A.-Ger. die Klägerin mit ihrer Klage in der angebrachten Maße abgewiesen.

Es kann auch gegen die Richtigkeit dieser Ansicht natürlich nicht eingewendet werden, daß nunmehr durch die Hypothekencassation die inhibirte Forderung und mit ihr das frühere Executionsobject völlig erloschen sei. Denn die Forderung erlischt durch die Zahlung Seiten des Schuldners, mithin durch eine von der Willkür und Genehmigung des Richters völlig unabhängige Handlung, und, wenn auch die Hypothek so lange besteht, bis sie ausdrücklich cassirt oder sie doch zu cassiren vom Richter resolvirt worden, so darf dieser doch ihre Cassation nach erfolgter Bezahlung der durch sie gedeckten Forderung um so weniger wegen der noch nicht aufgehobenen Inhibition verweigern, als die Hypothek lediglich von der Existenz der Forderung abhängt und sie von der Inhibition, wie wir oben gesehen haben, nicht getroffen wird.

Die Verbindlichkeit des Richters, einen durch seine Handlung oder Unthätigkeit einer Partei zugezogenen Schaden zu ersetzen, kann nur dann angenommen werden, wenn erwiesen ist, daß der Richter entweder gegen ausdrückliche gesetzliche Vorschrift oder doch gegen solche Vorschriften gehandelt habe, welche aus der Natur der Sache fließen [2]). Beides ist hier nicht der Fall. Denn ebenso, wie das Gesetz ihn nicht zu etwas mehr, als der Inhibitionsantrag ausdrücklich besagt, verpflichtet, so kann auch bei der möglichen Absicht des Inhibenten auf die Persönlichkeit des Schuldners und der ihm völlig überlassenen Wahl zwischen den verschiedenen Sicherungsmitteln nicht angenommen werden, daß es der Natur der Sache angemessen sei, hier etwas mehr zu thun, als der Inhibent ausdrücklich gebeten hat.

---

2) Käuffer, Ueb. die Appellationen gegen das gerichtliche Verfahren. Zwickau, 1840. N. III. S. 123 fgg.

Etwas ganz Anderes würde es sein, wenn der Richter eine ihm von dem Gläubiger (dem Principalschuldner) zur Confirmation vorgetragene Cession der inhibirten Forderung an einen Dritten genehmigen wollte. Denn da der Debent durch die ungeschwächt fortdauernde Kraft der Inhibition verpflichtet ist, die Schuld trotz des Wechsels der Gläubiger nicht an den Cessionar, sondern vielmehr an das gerichtliche Depositum einzuzahlen, und der Inhibent berechtigt wäre, das Eingezahlte zu seiner Befriedigung zu beanspruchen, so könnte sehr leicht der Fall eintreten, daß der Cessionar die Valuta der durch Cession erlangten Post ganz oder zum Theil verlöre. Der Richter würde mithin die Genehmigung der Veräußerung von einer Forderung aussprechen, über welche fernerhin frei zu disponiren er selbst den Inhaber, den Cessurus, verhindert hat, indem er ihm das an seinen Schuldner erlassene Zahlungsverbot zur Nachachtung notificirte. Hier aber liegt es in der Natur der Sache, daß der Richter den Acquirenten der Forderung von der Inhibition in Kenntniß setze, damit dieser nicht etwas onerose acquirire, was ihm vielleicht gar nicht gewährt werden kann.

Ebenso würde man eine andere Entscheidung geben müssen, wenn das Zahlungsverbot auch an H. erlassen worden wäre, indem dann der Richter durch Cassation der Hypothek gleichsam eine Handlung legalisirt hätte, welche offenbar widerrechtlich war und mit dem Zahlungsverbote in Widerspruch stand.

Klägerin erhob nun eine Schädenklage gegen die frühere Besitzerin des verpfändeten Guts, an welche die Inhibition erlassen worden war, und führte zu deren Begründung an, daß die Beklagte, des an sie erlassenen Zahlungsverbots ungeachtet, bei Abschließung eines mit ihrem Ehemanne H. über obiges Grundstück eingegangenen Kaufes, in Folge dessen letzterer die inhibirte Forderung als Theil des unbezahlten Kaufgeldes mit übernommen, demselben die noch nicht erfolgte Erledigung der ausgebrachten Verkümmerung gehörig eröffnen zu lassen verabsäumt, dadurch aber die Seiten des Käufers nachher erfolgte Auszahlung an den Hypothekengläubiger St., nicht minder die Cassation der dießfalls annotirten Hypothek veranlaßt habe.

Nächstdem suchte sie die Klage durch das Anführen zu unterstützen, daß Beklagte absichtlich und aus Gefährde die gerichtliche Bekanntmachung an den Käufer des Gutes anzuregen unterlassen, um im Verein mit ihm, welcher durch sie privatim davon benachrichtigt gewesen, und dem Ehemanne der Klägerin, an den nur ein Theil der inhibirten 900 Thlr., jedoch gegen Quittung über das ganze Capital, ausgezahlt worden sei, die Klägerin um ihr Eigenthum zu bringen.

Beklagte leugnete, daß das Amt das beregte Zahlungsverbot an sie erlassen, daß sie diejenigen Vorkehrungen unterlassen habe, vermöge welcher auch nach der Transferirung des Eigenthums an dem Grundstücke an einen Anderen durch Verkauf die Aufrechterhaltung des Zahlungsverbots, soweit möglich, erhalten werden konnte, und daß der Betrag des Einbringens nicht habe aus dem Nachlasse des Ehemannes der Klägerin gedeckt werden können.

Die Schlüssigkeit der Klage wurde in dem ersten Erkenntnisse, welches auf Beweis des geleugneten Klagegrundes ging, dadurch gerechtfertigt, daß „Beklagte, als welche für die fraglichen 900 Thlr. persönlich gehaftet, ebenso wenig, als wenn sie selbst einem ihr gehörig insinuirten gerichtlichen Zahlungsverbote zuwider an ihren Gläubiger, den vormaligen Ehemann der Klägerin, Zahlung geleistet hätte, durch die unter der nämlichen Voraussetzung von einem Dritten, H. nämlich, geleistete Zahlung, der Ausbringerin des Verbots gegenüber von ihrer Verbindlichkeit befreit werden mögen."

Das A.-Ger. zu Dresden bestätigte das Erkenntniß in der Hauptsache aus folgenden Gründen:

„Was nun die zunächst einer Prüfung zu unterwerfende Schlüssigkeit der Klage anlangt, so könnte, insoweit letztere

a) auf eine der Beklagten beigemessene culpa gestellt ist, ein Einwand wider deren ausreichende Begründung anscheinend darin gefunden werden, daß der im Römischen Rechte

l. 8. C. de nov. et del.

sanctionirte, in Sachsen aber durch ausdrückliches Gesetz

Dec. 66. v. J. 1661.

bestätigte Rechtsgrundsatz, wornach der Schuldner seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger ohne dessen erklärte Zustimmung und Liberation nicht ledig wird, auf den vorliegenden Fall darum nicht anwendbar sei, weil ein eigentliches Vertragsverhältniß zwar allerdings zwischen der Beklagten in Folge der Uebernahme der fraglichen 900 Thlr. —= —= und dem Gläubiger ihres Ehemannes und Besitzvorfahren St., niemals aber zwischen ihr und der Klägerin stattgefunden habe. Denn aus der von letzterer ausgebrachten, einer bloßen, wider den Schuldner ihres Schuldners eingeleiteten Sicherheitsmaßregel gleichzuachtenden Inhibition ist eine Transferirung der Rechte ihres Schuldners St. auf sie selbst nicht herzuleiten, woraus wohl gefolgert werden könnte, daß Beklagte eben deßhalb, weil ein Schuldnexus zwischen ihr und der Klägerin nicht existirte, die Ueberweisung der von ihr früher als Theil des zu zahlenden Kaufschillings übernommenen St.schen 900 Thlr. —= —= an den Käufer ihres Grundstücks, H., habe unternehmen können, ohne daß solche aus dem Gesichtspunkte einer, die primäre Verbindlichkeit nicht aufhebenden Delegation zu betrachten, und sie, nach erfolgter durch besondere Maßnahme der Klägerin nicht gehinderter Eigenthumsentäußerung, dieser noch länger einzustehen für verbunden zu achten wäre."

„Ob nun wohl demnach von einer Succession der Klägerin in die Rechte ihres Schuldners als D.scher Hypothekgläubiger vermöge der eingeleiteten Verkümmerung nicht die Rede sein kann, so bedarf es doch keineswegs erst einer Uebertragung dieser Rechte auf sie, um ihrerseits einen persönlichen Anspruch wider die Beklagte, und eine dergleichen Verbindlichkeit der letzteren gegen sie zu begründen. Vielmehr wird beides sofort, und ohne daß es nöthig erscheint, dießfalls auf ein Vertragsverhältniß zu recurriren, durch die Thatsache des auf Anlaß der Klägerin an die Beklagte in Betreff der mehrerwähnten 900 Thlr. —= —= gerichtlich erlassenen Zahlungsverbots selbst erzeugt. Durch diese Auflage ward die Beklagte nicht allein dem Gerichte zur Parition verpflichtet, sondern auch der Inhibentin selbst persönlich mit dem Erfolge verbindlich, ihr alle durch Contravention zugezogene Schäden zu ersetzen."

„Es beschränkt sich aber das Zuwiderhandeln nicht auf eine unmittelbare Uebertretung des Zahlungsverbots; auch im Falle einer indirect durch Handlungen oder Unterlassungen herbeigeführten Ermöglichung einer Umgehung desselben ist Beklagte zur Vertretung der Klägerin gehalten, weil jene Thätigkeit oder Unthätigkeit, welche die Aufhebung der Wirksamkeit des Inhibitionsacts zur Folge hatte, sich als Hinterziehung des Zahlungsverbots darstellt. Da Klägerin außer Acht gelassen, auf den Fall eines Verkaufs des Grundstücks ihre Rechte besonders zu sichern, so hatte Beklagte hierzu allerdings freie Hand, sie blieb aber nichtsdestoweniger verbunden, nichts von der Art dabei vorzunehmen, was die Kraft der noch fortbestehenden Inhibition zu hindern geeignet war. Verabsäumte sie demnach, dem Käufer ihres Gutes bei der Ueberweisung des St.schen Consenscapitals auf das dieserhalb erlassene Zahlungsverbot aufmerksam zu machen, so befand sie sich unstreitig in dem Falle, der Inhibentin gerecht zu werden, wenn dieser dadurch ein Nachtheil erwachsen war. Stellt sich nun die Klage, so weit ihr eine Verschuldung der Beklagten zu Grunde gelegt ist, als schlüssig dar, so muß

b) dasselbe auch in Betreff des zweiten Klaggrundes, des doli, angenommen werden, obwohl es eines besonderen Erweises desselben nicht eben bedarf, um zur Condemnatoria zu gelangen. Es kann jedoch in dieser Hinsicht nicht unbemerkt bleiben, daß zwischen dem factischen Anführen, durch welches dieser zweite Klaggrund unterstützt wird, und der beim ersten Klaggrunde behaupteten Verabsäumung ein Widerspruch, wie es vielleicht den Anschein gewinnen könnte, in der That nicht anzutreffen ist. Denn wesentlich verschieden von der Unterlassung, die erfolgte Inhibition dem Besitznachfolger auf geeignete Weise zu seiner Nachachtung und in der Absicht der Aufrechthaltung derselben zu notificiren oder eröffnen zu lassen, ist die heimliche Mittheilung Behufs deren Elusion zum Schaden der Klägerin, und beides kann als neben einander bestehend füglich gedacht werden. Ein Zugeständniß der erfolgten Bekanntmachung, als der zugleich behaupteten Unterlassung entgegenstehend, kann man übrigens schon deßwegen als vorhanden nicht ansehen, weil jene

Aeußerung nur in Beziehung auf die behauptete Gefährde erfolgte, und hiervon getrennt als selbstständiges Bekenntniß nicht captirt werden darf."

„Die angestellte Klage ist lediglich aus dem Gesichtspunkte einer Schädenklage zu betrachten: es muß daher die culpose Handlung, welche den Schaden verursachte, vollständig erwiesen werden."

„Dazu reicht nicht die beigebrachte Gewißheit aus, daß das Zahlungsverbot erlassen worden, die Auszahlung aber demungeachtet erfolgt sei; denn letztere ward nicht durch Beklagte, bei welcher das fragliche Capital inhibirt worden, sondern durch einen Dritten bewirkt, auf welchen das Grundstück, auf welchem der ersteren Capital unterpfändlich haftete, übergegangen war."

„Die Uebertragung des Eigenthums durch Verkauf an einen Dritten ward an sich durch das Zahlungsverbot nicht gehindert und reprobirt. Obige beide Momente allein genügen sonach keineswegs, eine Prämisse zu bilden, worauf ein zur Verurtheilung der Beklagten führender Schluß gegründet werden kann, vielmehr wird diese Lücke erst durch die Behauptung einer culpa der Beklagten ausgefüllt, welche als nothwendiger Bestandtheil des Klagfundaments mit zum Beweisthema gehört."

„Beklagte leugnet, wie bereits gedacht, die ihr Schuld gegebene Verabsäumung. Sie thut dieß allerdings mit dem Zugeständnisse, daß ihrer Seits ein Antrag auf Erlassung eines Zahlungsverbots an den Käufer ihres Grundstücks nicht gestellt, jedoch mit der Erläuterung, daß dießfalls ihre Passivität durch die Nichtkenntniß der Seiten der Klägerin beantragten Inhibition motivirt worden sei."

„Es geht indessen aus späteren Erläuterungen derselben hervor, daß obige Behauptung sich nur auf die dem Verkaufe des Gutes an H. vorhergegangene Zeitperiode beschränkt. Bei dieser Gelegenheit aber hat sie, ihrer bestimmten Versicherung zufolge, von einer Verkümmerung, deren Existenz in rechtlicher Form ihr bis dahin unbekannt geblieben, im Amte X. sprechen hören,

und mit ihrem Ehemanne, dem Käufer ihres Guts, anderweit darüber Rücksprache genommen."

„Diese Klagbeantwortung erscheint unverkennbar genügend, die Verneinung des Klaggrundes, so weit er auf der Behauptung einer culpa beruht, in sich zu schließen. Ob aber die Art und Weise der angegebenen Rücksprache zur Ablehnung einer culpa genüge oder nicht, wird sich erst aus den Ergebnissen des künftigen Beweises beurtheilen lassen, welcher indessen auch insoweit der Klägerin obliegt, weil die Gegenbehauptung nicht als Einrede, sondern als Negation des Klaggrundes anzusehen ist, die scheinbar affirmative Fassung der letzteren aber die Last des Beweises von demjenigen, welcher seiner Stellung und der Sachlage nach dazu verpflichtet ist, um so weniger abzuwenden vermag, als die Nothwendigkeit und Zulässigkeit der Auflegung eines Beweises über verneinende Sätze gegenwärtig nicht mehr verkannt wird.

Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse. S. 132 fg."

Das O.-A.-Ger. trat diesen Ansichten in der Hauptsache bei und verschonte nur Klägerin mit dem ihr auferlegten Beweise einer besonderen culpa aus folgenden Gründen:

„In dem vorigen Urthel ist die Klagbeantwortung, eine Verneinung des Klaggrundes, so weit er auf der Behauptung einer culpa beruhe, in sich zu schließen, für geeignet angesehen, der Klägerin daher der Beweis auch insoweit auferlegt worden, weil die Gegenbehauptung nicht als Einrede, sondern als Negation des Klaggrundes zu betrachten sei, die scheinbar affirmative Fassung der letzteren aber die Last des Beweises von dem, welcher seiner Stellung und der Sachlage nach dazu verpflichtet sei, um so weniger abzuwenden vermöge, als die Nothwendigkeit und Zulässigkeit der Auferlegung eines solchen über verneinende Sätze gegenwärtig nicht mehr verkannt werde. Bei nochmaliger Prüfung des Sachverhältnisses hat jedoch dieser Ansicht nicht beigetreten werden können. Wenn nämlich Klägerin den in der erhobenen Klage angegebenen Umstand darthut, daß Beklagte von der wegen der fraglichen 900 Thaler ausgebrachten Inhibition gehörig in Kenntniß gesetzt worden sei, so ist

außer Zweifel, daß Beklagte, bei Vermeidung eigenen Ersatzes, außer ad depositum etwas nicht auszahlen durfte, und bei dem Verkaufe des Guts die Verpflichtung hatte, dafür, daß ihr Besitznachfolger von jener Inhibition benachrichtigt und das Zahlungsverbot aufrecht erhalten werde, Sorge zu tragen, in beiden Fällen aber der Klägerin die durch etwaiges Zuwiderhandeln oder Unterlassen zugezogenen Schäden zu ersetzen gehalten war. Demzufolge und da der Beklagten dießfallsige Verbindlichkeit bereits vor der Veräußerung an H. bestand, bedurfte es zur Begründung der Klage, außer dem Obigen, nicht noch zugleich des Anführens der Negation, daß Beklagte ihrem Abkäufer jene Verkümmerung nicht notificirt habe, vielmehr lag es dieser ob, Thatsachen anzugeben, aus welchen hervorging, daß sie von ihrer gedachten Verpflichtung, insbesondere bei dem Verkaufe ihres Bauerguts durch Notification mehrbesagter Inhibition an H. gehörig liberirt worden sei. Gehörte mithin die in den obgedachten Einlassungspunkten erwähnte Verabsäumung nicht zum Grunde der Klage, so kann der Klägerin auch der Beweis derselben nicht angesonnen werden, sondern es muß der Beklagten überlassen bleiben, den Umstand, daß sie bei dem Verkaufe des Guts ihrer aus jener Inhibition entsprungenen Verbindlichkeit wieder entlassen worden sei, im Gegenbeweise weiter auszuführen."

Der Verf. kann sich jedoch mit dieser Ansicht der Spruchbehörden nicht einverstanden erklären und weder eine Verpflichtung des Inhibitus, seinen Besitznachfolger auf die Inhibition aufmerksam zu machen, noch die Möglichkeit anerkennen, wie durch eine solche Notification das Interesse des Inhibenten sicher gestellt werden könne.

In dem Erläuterungsrescripte von 1721 ist stets, sowohl wo von dem Inhalte des richterlichen Präcepts, als auch wo von der Commination gegen den Schuldner des Schuldners gehandelt wird, nur davon die Rede, „wenn er — an den Gläubiger — Zahlung leisten würde", und ebenso finden wir in der E. P. O. ad T. XXXIX. § 20. und in der Executionsordnung vom 28. Febr. 1838, § 57., wo überdieß nicht mehr von einer bloßen Inhibition, sondern bereits von der Execution in

eine außenstehende Forderung gehandelt wird, das Verbot nur darauf beschränkt, daß der Schuldner bei Vermeidung nochmaliger Erstattung an seinen Gläubiger, dessen Cessionar oder deren Bevollmächtigten nichts von der inhibirten Forderung bezahle.

Fragen wir nun nach dem Verhältnisse, in welches der Schuldner des Schuldners durch die ausgebrachte Inhibition dem Inhibenten gegenüber gesetzt wird, so kann natürlich ebenso wenig von einem Vertragsverhältnisse zwischen denselben, als davon die Rede sein, daß der Inhibent durch die Inhibition (wenigstens quoad summam concurrentem) an die Stelle seines Schuldners, als des Forderungsinhabers, trete. Vielmehr wird der zweite Schuldner, da er an sich ebenso berechtigt als verpflichtet ist, nur an seinen Gläubiger oder an den, welcher von diesem causam hat, Zahlung zu leisten, hierin und überhaupt in seinem Verhältnisse zu letzterem nur insoweit anders gestellt werden, als die richterliche Anweisung geht. Eben diese Anweisung aber ist als eine Beschränkung des Schuldners und seines Gläubigers in ihren ursprünglichen Vertragsverhältnissen streng auszulegen und die Beschränkung nicht weiter auszudehnen oder den zweiten Schuldner auf mehr zu verpflichten, als der Richter nach Maßgabe des Gesetzes ausgesprochen hat. Der zweite Schuldner wird daher dem richterlichen Präcepte zur Parition, so wie auch aus allgemeinen Grundsätzen verpflichtet sein, nichts in der Absicht zu thun, dieses Präcept zu umgehen. Nirgends ist aber bestimmt, daß dem zweiten Schuldner irgend eine Verpflichtung gegen den Inhibenten obliege. Vielmehr ist der dem Inhibenten aus der Inhibition durch den zweiten Schuldner und seine Einzahlung des Schuldbetrags resultirende Nutzen nur die Folge des richterlichen Präcepts und des diesem von dem Schuldner bewiesenen Gehorsams. Wir werden, wo nicht ausdrückliche Gesetze etwas Anderes bestimmen [3]), weder bei Executionen, noch bei Inhibitionen in außenstehende Forderungen einen obligatorischen Nexus zwischen dem,

---

3) Wie in Sachsen die Executionsordnung § 60. bei Executionen in hypothecirte Forderungen.

der die Execution oder Inhibition ausbringt, und dem zweiten Schuldner annehmen können; — jener Nexus besteht nur zwischen diesem und dem Richter mit den bekannten rechtlichen Wirkungen des praecepti judicialis, als einer der Entstehungsgründe von Verbindlichkeiten.

Selbst aber, wenn man einen obligatorischen Nexus annehmen wollte, so würde man immer noch nicht sagen können, daß der zweite Schuldner bei Veräußerung seines Grundstücks den Acquirenten desselben von der Inhibition der von diesem mit übernommenen Forderung in Kenntniß setzen, und für den Fall des Gegentheils den dadurch (?) dem Inhibenten entstandenen Schaden vertreten müsse. Es wird sich weiter unten zeigen, daß eine solche Notification völlig effectlos ist; vorläufig genügt es, zu bemerken, daß der Besitzer des Grundstücks völlig frei, in der Disposition über dasselbe nicht beschränkt und nirgends in den angezogenen Gesetzen eine auf diese angebliche Notificationspflicht bezügliche Bestimmung zu finden ist oder aus denselben hergeleitet werden kann.

Selbst nun angenommen ferner, daß im vorliegenden Falle der die Klägerin betreffende Schaden eben dadurch entstanden ist, daß die Beklagte die Notification an ihren Acquirenten unterlassen hat und überhaupt verpflichtet ist, nichts zu thun, wodurch das Interesse des Inhibenten gefährdet würde, so liegt schon in diesen Worten ausgesprochen, daß die Beklagte zur Vertretung dieses Schadens nicht rechtlich verbunden sein kann. Denn es ist ein hinreichend bekannter Rechtssatz, daß für den durch Unthätigkeit eines Dritten zugefügten Schaden nur in Contractsverhältnissen Ersatz geleistet werden muß.

Man sieht sich auch in dem Erkenntnisse des Appellationsgerichts zu Dresden vergebens nach einer Rechtfertigung dieser Ersatzverbindlichkeit um, da hierzu die einfache, unerwiesene Behauptung, daß die Beklagte durch die Inhibition der Inhibentin persönlich mit dem Erfolge verbindlich geworden sei, ihr alle durch Contravention zugezogenen Schäden zu ersetzen, kaum ausreichen dürfte.

Die Gesetze sprechen nur und ausschließlich von „Zahlung"; diese soll der zweite Schuldner nicht leisten. Wir

werden daher auch dann denselben von jeder Verbindlichkeit entbinden, wenn ein Dritter für ihn, jedoch ohne seinen Auftrag ꝛc., die Forderung seines Gläubigers an diesen bezahlt.

Der Verfasser geht nun zu dem zweiten Satze des oben vorgezeichneten Beweisthemas über, nämlich zu der Behauptung, daß, wenn Seiten der Beklagten die Notification an ihren Acquirenten erfolgt wäre, ja wenn sie selbst um Ausdehnung des Zahlungsverbots auf diesen bei dem Richter nachgesucht hätte, hierdurch weder das Interesse der Inhibentin sichergestellt, noch der Acquirent gehindert gewesen wäre, die Forderung durch Zahlung an seinen Gläubiger zu tilgen. Wenn der Verfasser, wie er verhofft, dieses erweis't, so wird hierdurch zugleich gezeigt, daß man gar nicht sagen kann, es sei durch die Unterlassung der Notification der qu. Schade für die Klägerin entstanden.

Es ist bereits oben bemerkt worden, daß man bei den Inhibitionsgesuchen, sobald sie nur auf die dermalige Person des Schuldners erstreckt werden, füglich annehmen kann, daß der Inhibent auch die Person desselben eben im Auge gehabt habe, und daher im Zweifel auch nur die Person desselben oder vielmehr den jetzigen Schuldner für seine Person afficiren wollte. So wenig ferner, wie wir oben sahen, von einer Succession des Inhibenten in die Rechte seines Schuldners die Rede sein kann, ebenso wird sich daher auch nicht von einer Succession des Besitznachfolgers in die Verpflichtung, jenes Zahlungsverbot zu respectiren, sprechen lassen, da dasselbe gar nicht an ihn ergangen und gar nicht transmissibel ist.

Ist dieses aber der Fall, so wird die Verpflichtung, jenes Zahlungsverbot auch seinerseits zu respectiren, nicht durch eine Benachrichtigung von dessen Existenz durch den Inhibitus begründet werden können, da er aus den zwischen ihm und dem Besitznachfolger stattfindenden Verhältnissen zur Auflegung dieser Pflicht weder befugt noch verpflichtet ist.

Ebenso wenig kann man aber den Richter für verpflichtet ansehen, nunmehr jenes Zahlungsverbot auf Ansuchen des In-

hibitus auch auf dessen Besitznachfolger auszudehnen, da es offenbar hierzu einer besonderen Erklärung des Inhibenten bedürfte. Der Richter, bei welchem auf Inhibition einer Forderung, welche mit einer Hypothek versehen ist, nur in der Maße angetragen wird, daß er dem Schuldner Mävius die Bezahlung der Schuld zum gerichtlichen **Depositum** aufgebe, ist weder berechtigt, noch verpflichtet, deßhalb, weil die Forderung mit einer Hypothek versehen und daher gegen jeden künftigen Besitzer des verpfändeten Grundstücks ebenfalls wirksam ist, bei jeder Besitzveränderung, ohne vorherigen Antrag des Inhibenten, dem neuen Besitzer die Zahlung ebenfalls zu untersagen. Es läßt sich zu der entgegengesetzten Annahme um so weniger gelangen, als durch die Besitzveränderung, gleichviel ob sie mit einer Ueberweisung der auf dem Grundstücke haftenden Schulden begleitet ist oder nicht, nach der ausdrücklichen Bestimmung der **Dec.** 66. von 1661 der bisherige Besitzer keineswegs von seiner persönlichen Verbindlichkeit befreit wird, dafern er nicht derselben noch ausdrücklich vom Gläubiger entlassen wird, — eine Liberation aber, zu welcher der Gläubiger in dem Falle der Inhibition gar nicht berechtigt ist, als völlig ungiltig anzusehen sein würde.

Allerdings kann es, in Consequenz der hier genommenen Ansicht, sehr leicht dazu kommen, daß der Inhibent des durch die Inhibition erlangten Rechts factisch verlustig wird. Allein eines Theils verliert er nur ein Executionsobject, was überdieß unmittelbar in das bereite Vermögen seines Schuldners übergeht, keineswegs die Forderung selbst, anderen Theils ist hierbei die dem Inhibitus auferlegte Beschränkung nicht auszudehnen, und endlich ist es ein bekannter Satz: **Jura sunt vigilantibus scripta.** Man wendet oft den Grundsatz an, daß Jeder sich um die Vermögensverhältnisse seines Schuldners selbst kümmern und zeitig Bedacht nehmen möge, nicht durch Sorglosigkeit und großes Vertrauen auf des Letzteren Zahlungsfähigkeit sein Interesse zu gefährden; es kann auch hier nicht unbillig von dem Inhibenten verlangt werden, daß, wenn die von ihm erlangte Sicherheit wieder erlischt, er sich selbst darum bekümmere und

geeignete Anträge Behufs anderweiter Sicherstellung seiner Interessen stelle. Es hing von seiner Willkür ab, sich eine umfassendere Sicherheit als die persönliche Verpflichtung des jetzigen Schuldners zu verschaffen, und er muß daher auch darauf Acht haben, daß und wann diese doch vielleicht nur vorübergehende Sicherheit wieder erlischt.

VIII.

Zur Erklärung der Const. El. 25. P. I.

Inwieweit ist der Richter verpflichtet, die aus den Acten sich liquid ergebende Einrede der Verjährung ex officio zu attendiren?

In dem unter den Präjudicien sub 8. mitgetheilten Erkenntnisse der Juristenfacultät, welchem insoweit stillschweigend das App.-Ger. zu Dresden und das O.-A.-Ger. beitraten, wurde, so viel die oben aufgestellte Frage anlangt, angenommen, daß „der Richter nach Const. El. 25. P. I. nicht unbedingt (?) verpflichtet sei, die exceptio praescriptionis ex officio zu attendiren."

Der Verfasser gegenwärtiger Bemerkungen kann sich nun damit nicht einverstehen, glaubt vielmehr, daß der Richter verpflichtet ist, die einem geltend gemachten Anspruche entgegenstehende Verjährung ex officio zu berücksichtigen und den Anspruch in der angebrachten Maße abzuweisen, wenn dieselbe, d. h. alle die zu ihrer Begründung nothwendigen Data, soweit deren Erweis dem Beklagten obliegt, sich klar aus den Acten, insbesondere dem Klaglibelle, ergeben, mithin vorzüglich bei der Extinctivverjährung persönlicher Forderungsrechte, wo der Beklagte nicht selbstthätig auftritt und daher, selbst wenn man bei derselben bona fides des Präscribenten für nöthig ansieht, von diesem nur der Beweis der abgelaufenen Verjährungsfrist erfordert und dem Kläger nachgelassen ist, die etwaigen Hindernisse des Eintritts oder der Vollendung der Verjährung nachzuweisen. Dagegen gehören hierher nicht die Fälle, wo der Kläger einen Anspruch geltend gemacht hat, dessen Entstehung zwar nach der Erzählung in dem Klaglibelle über die Verjährungs-

zeit hinausfällt, zu dessen Erlöschung durch Verjährung aber außer dem bloßen Ablauf der gedachten Zeit noch ein besonderes, von dem, der auf die Verjährung zu seiner Liberirung sich beruft, zu beweisendes Factum erfordert wird, z. B. die **usucapio libertatis.** Denn in diesen Fällen läßt sich nicht sagen, daß aus dem Klaglibelle, wegen der bereits seit dem Entstehen des Rechts oder dem sonst hierzu bestimmten Zeitpunkte abgelaufenen Verjährungszeit, die Einrede der Verjährung sich liquid herausstelle, da zu deren Annahme nur ein, nicht aber alle nothwendigen und von dem Excipienten noch an- und auszuführenden Erfordernisse aus der Klagschrift sich ergeben, und mithin auch der Kläger gar kein Interesse haben konnte, der erst besonders noch anzuführenden und zu begründenden Einrede bereits im Libelle durch eine Replik, welche überdieß unter diesen Verhältnissen einer sicheren Basis entbehren und oft ihren Zweck völlig verfehlen würde, zu begegnen.

Fragt man nun ganz im Allgemeinen, ob wohl anzunehmen, daß überhaupt ein Gesetzgeber bei Entscheidung der oben aufgestellten Controverse den Richter würde ermächtigen, nach seiner Willkür die beregte Einrede zu suppliren, so ist die Frage wohl zu verneinen und anzunehmen, daß der Gesetzgeber nur darüber in Zweifel sein konnte: Soll überhaupt der Richter verpflichtet sein, die **exceptio praescriptionis** von Amtswegen zu suppliren oder soll eine Verbindlichkeit hierzu nicht stattfinden und die Partei daher, welche sich auf dieselbe hätte berufen können, wegen des aus dem unterlassenen Anführen dieses Liberationsgrundes ihr entstandenen Schadens nur, nach Befinden, gegen ihren Sachwalter eine Schädenklage zu erheben berechtigt sein.

Wollte man annehmen, daß — wie die Verfasser obiger Entscheidung geglaubt zu haben scheinen und von einigen Rechtslehrern behauptet worden ist — man auch fragen könne: ist der Richter verpflichtet oder nur befugt, die beregte Einrede von Amtswegen zu suppliren? so würde dieß — wie dem Verfasser dünkt — zu den seltsamsten Consequenzen führen. Denn es kann doch unmöglich von dem Gesetzgeber dem Richter haben gestattet werden sollen, daß er, wenn er sieht, daß die Einrede

der Verjährung sich klar aus der Klagschrift ergiebt, willkürlich dieselbe beachten und suppliren, mithin den Kläger abweisen oder aber dieselbe ignoriren, mithin, caeteris paribus, den Beklagten wegen eines Anspruchs verurtheilen könne, welchen der Richter wenigstens in der angebrachten Maße für zu rechtbeständig nicht erachten kann.

Es könnte zwar nichtsdestoweniger die practische Wichtigkeit dieses Unterschieds — Verpflichtung und Befugniß — für den Fall vindicirt werden, daß der Richter die beregte Einrede wirklich übersehen habe, und daher nach Fällung der Sentenz späterhin die Frage entstände, ob dieselbe die Rechtskraft habe beschreiten können, auch, nach Befinden, ob der verletzten Partei eine Schädenklage gegen den Richter, welcher sie trotz der liquiden Einrede der Verjährung verurtheilt hat, zustehe. War dann der Richter nur befugt, dieselbe zu suppliren, so ist die Frage wegen der Rechtskraft zu bejahen, die wegen der Schädenansprüche an den Richter zu verneinen; dagegen die entgegengesetzte Beantwortung erfolgen muß, wenn wir den Richter zu dieser Ergänzung für verpflichtet ansehen. Es könnte nun die Entscheidung des Gesetzgebers auf diese Fälle beschränkt und daher die Unwahrscheinlichkeit einer Bestimmung, daß der Richter nur befugt sei, widerlegt werden. Allein es läßt sich doch kaum annehmen, daß ein Gesetzgeber sich damit werde beschäftigen, Entscheidungen für die Fälle zu geben, wo die Richter aus den Acten sich liquid herausstellende Thatsachen bei der Entscheidung würden übersehen haben. Der Verfasser kann sich wenigstens von der Wahrscheinlichkeit einer so seltsamen Tendenz der Gesetzgebung nicht überzeugen.

Hiernach kann es wohl kaum zweifelhaft sein, daß, wenn der Sächsische Gesetzgeber entscheidet,

„daß die Präscription, da sie manifeste bewiesen, oder der Richter dessen aus den Acten gewiß seyn könnte, erkannt und ex officio supplirt werde, wenn gleich die Partheyen in den Acten darauf sich nicht bezogen",

der Richter, unter der obigen Beschränkung, die hier durch die Worte: „da sie manifeste bewiesen oder der Richter dessen aus den Acten gewiß seyn könnte", unterstützt zu werden scheint,

jedenfalls und unbedingt verpflichtet ist, die aus den Acten sich ergebende Einrede der Verjährung zu suppliren.

Die Zweifel, welche hiergegen etwa geltend gemacht werden könnten, beziehen sich auf das Rubrum der Constitution: „Ob die Richter über die Präscription, so ex Actis dargethan, können ex officio erkennen?" und die Consultationen, welche keineswegs so unbedingt die sodann publicirte Entscheidung enthalten.

Allein auch diese Zweifel verschwinden. Allerdings war unter den Rechtslehrern damals große Meinungsverschiedenheit darüber, ob überhaupt der Richter den Parteien ein Vertheidigungsmittel, auf das sie sich zu beziehen unterlassen, suppeditiren könne. Es war nicht blos die Rede von Pflicht oder Befugniß, sondern beide, auch das letztere in Frage gestellt. Die Frage konnte daher von den Facultäten nicht anders gestellt werden, als wie sie das Rubrum der Constitution sowohl als der Consultation [1]) enthält.

Die Consultation selbst anlangend, so wird außer der Berufung auf die Praxis des Kammergerichts „solere supplere exceptionem praescriptionis" namentlich die Meinung des Boër. decis. angeführt, qui „tandem concludit, judicem posse ex officio supplere exceptionem praescriptionis, si de ea ex actis constitcrit, si velit, sed facere non cogitur." Das Gutachten geht dahin: „Es könnte vielleicht ein Mittelweg, dardurch dieser schweren und weitläufftigen Disputation abzuhelfen, getroffen werden: Nemlich daß dießfalls, wann die Gericht die Exception praescriptionis befinden, den Partheyen ex officio ferner ihre Nohtturfft eynzubringen, aufferlegt wirdt."

Allein auch die Consultationen scheinen, wie namentlich das Gutachten beweis't, der Ansicht Boer's nicht beigestimmt zu haben, und die einleitenden Worte der Constitution selbst: „hierinne ist man auch einig, ohngeachtet, daß diese Quästion weitläuftig disputirt wird, daß" deuten auf eine in den Consultationen nicht mit angegebene Einigung hin, wornach — wie

---

1) „Judex videns ex actis praescriptionem esse probatam, an possit super ea pronunciare, quando hoc non petatur." (P. III. quaest. 20. — fol. 61.b.)

bereits oben bemerkt — das „facere non cogitur" des Boer keine Anerkennung fand.

Das, was das Gutachten vorschlägt, ist auch die Praxis gewesen. Man war darüber einig, daß die exceptio praescriptionis von Amtswegen supplirt werden müsse, stritt sich jedoch darüber, in welcher Maße sie zu attendiren und der Kläger abzuweisen oder aber demselben nachgelassen werde, seine etwaigen Repliken ohne Weiteres und ohne neues Verfahren und Gehör des Beklagten zu beweisen.

Man erklärte daher eine Sentenz, bei deren Abfassung der Richter die liquide Einrede der Verjährung nicht berücksichtigt hatte, für unfähig, in Rechtskraft überzugehen [2]); dagegen variirten die Ansichten darüber, in welcher Weise dem Kläger sein Replikenbeweis nachgelassen werden müsse [3]). Wenn Hommel, Obs. 277. die Verpflichtung des Richters leugnet, so geschieht es nur deßhalb, weil er denselben nicht für ermächtigt hält, die doch dem Kläger vielleicht zustehenden Repliken durch eine praematura sententia abzuschneiden, und er erklärt sich daher damit einverstanden, daß der Kläger zwar abgewiesen, ihm aber

---

2) S. schon Math. Berlich, Conclus. I. 59. nr. 18. — Cf. Carpzov, Jurispr. for. I. 25. def. 2. Auffallend steht der von ihm gegebene Grund: „si quidem hac exceptione actio ipso jure tollitur", mit dem Argumente Boer's für dieselbe Ansicht: „quod praescriptio non ipso jure, sed ope exceptionis repellat agentem", in Widerspruch. (cf. auch Bartol. ad L. 2. n. 6. D. de except. — Zanger, de except. III. 3. cap. 26. n. 19. — Mevius, decis. VII. 182.) — Ziegler, dicast. conclus. 34. § 10. Böhmer, diss. de jud. proced. ex off. IV. § 12. Wernher, I. obs. 294. Wiesand, de off. jud. circa exc. praescr. Viteb. 1808. Haubold, Lehrb. § 373. (Ed. II. S. 392). Curtius, Handb. § 552. (II. 1. S. 179. Ed. nov.) (vgl. jedoch § 573. — l. l. S. 232.) Biener, Syst. Proc. § 70. (pg. 131. T. I. Ed. nov.)

3) Mevius, l. l. — Willenberg, de suppl. jud. III. § 23., schlägt folgende Formel vor: „daß Beklagter — zu absolviren, es könnte denn Kläger, daß Beklagter vor Ablauf der 30 Jahre gebührend gemahnet worden oder sonst in mala fide gewesen, beweisen." Wehrn, die Einreden § 67. „es könnte denn Kläger binnen Ordnungsfrist annoch etwas, so ihm gegen sothane Verjährung zu statten kommen könne, anziehen." Hommel, Obs. 277.

sofort — „contrahendae litis gratia" — der Beweis auch nachgelassen werde, daß er Beklagtens Besitz unterbrochen habe; der Beklagte, der contumax aber außengeblieben, sei ohne Weiteres nach dem Grundsatze: contumax non excipit, zu verurtheilen und der Libell keineswegs als inept zu verwerfen.

Es wird diese Verpflichtung des Richters gewöhnlich nur bei der Exstinctivverjährung vorkommen, zumal bei der Acquisitivverjährung mehr noch als der Beweis der abgelaufenen Verjährungszeit vom Präscribenten gefordert wird.

Nach des Verfassers Ansicht würde daher, in dem eingangserwähnten Falle, wo die Beklagten im Jahre 1830 wegen Bezahlung einer Darlehnsschuld sammt den seit 1772 rückständigen Zinsen im Anspruch genommen wurden, der Richter unbedingt verpflichtet gewesen sein, die von dem Sachwalter der Beklagten nicht opponirte Einrede der Verjährung zu suppliren und die erhobene Klage in der angebrachten Maße abzuweisen, — auch die die Beklagten condemnirende Sentenz Rechtskraft nicht erlangt haben.

IX.

Beitrag zu der Lehre von dem Rechte des Locators an den inferirten Sachen seines Miethsmannes.

Es ist bekannt, daß der Gerichtsbrauch bei den Römern von der gewöhnlich bei Abschließung von Miethsverträgen beobachteten Maßregel, daß der Locator sich an den **invectis** und **illatis** ein ausdrückliches Unterpfandsrecht ausbedung, Veranlassung nahm, diese Verpfändung geradezu zu präsumiren [1]), und sogar die Conventionalhypothek in eine gesetzliche zu verwandeln, wobei, wenn auch zugegeben werden muß, daß der Wille des Schuldners in keinen Betracht mehr kommt, und von einem jene Vermuthung aufhebenden Beweise, daß keine Verpfändung beabsichtigt worden sei, und somit auch von einer stillschweigenden Erklärung nicht mehr die Rede sein kann, dennoch bei Beurtheilung des zwischen dem Vermiether und dem Miethsmanne nunmehr intercedirenden Rechtsverhältnisses die aus diesem selbst abzuleitenden Beziehungen auf die Willensmeinung der Contrahenten nicht völlig übergangen werden können. Das Pfandrecht selbst beginnt mit dem Augenblicke der Illation, und hat dabei übrigens die Eigenheit, daß dasselbe wegen der dem Vermiether zustehenden Zinsforderung nicht progressive mit jedem Moment, wo die Zinsforderung fortwährend wächst, ebenfalls die **invecta illata** afficirt, sondern vielmehr auf die ganze Dauer des abgeschlossenen Miethvertrags, mithin im Voraus, auf den vollen, obgleich noch nicht fällig gewordenen Miethzins die **invecta illata** sich unterwirft, so daß jedes nach der Illation eingeräumte Pfandrecht dieser gesetzlichen Hypothek, obgleich

---

1) Lauterbach, coll. th. pr. XX, 2, § 92. Meißner, die Lehre v. d. stillschw. Hypoth. I. § 59.

die durch sie gesicherte Forderung noch nicht völlig erwachsen, und daher zum Theil jünger als jenes ist, nachstehen muß [2]).

Das Pfandrecht des Locators ist eine Hypothek, — keineswegs ein Faustpfand, und der Locator hat daher vor der Zeit, wo er jenes hypothekarische Recht geltend machen kann, durchaus kein Recht, sich in den Besitz der inferirten Sachen zu setzen. Daß der Locator den Besitz derselben nicht schon durch die Illation erhält, darüber sind alle einig. Der Umstand aber, daß sie in sein Haus gebracht werden, reicht nicht aus, um ihn als Besitzer derselben ansehen zu können. Denn:

Bekanntlich kann von einer Uebertragung des Besitzes nur insofern die Rede sein, als die gesammten rechtlichen Verhältnisse, unter denen der Besitz ausgeübt wird, mit der Befugniß der Apprehension und zu dem Ende geschehenen Auflösung des eigenen gehabten Besitzes auf den anderen übertragen werden [3]), und namentlich, so viel die Theilbarkeit dieses Inbegriffs der gedachten rechtlichen Verhältnisse, des jus possessionis, zwischen mehrere anlangt, nach der von Sintenis mit gewohnter

---

2) Ueber die Wirkungen der Relocation s. Meißner, § 65. Thl. I. S. 162. — Die während der Dauer der Location bestellten Pfandrechte stehen zwar der stillschweigenden Hypothek des Locators nach, sie gehen aber der stillschw. Hypothek voran, welche der Locator durch die Relocation wegen der aus der Zeit der Relocation entspringenden Forderungen auf die invecta illata erhält. Der Grund dieser scharfen Trennung zwischen der locatio und relocatio kann aber nicht mit Meißner a. a. O. darin gefunden werden, daß es in der Macht des Schuldners gestanden habe, die Relocation zu unterlassen, und mithin die Entstehung der neuen Forderung zu hindern, da hierdurch allein die rechtliche Natur der Relocation, dafern sie überhaupt erfolgt, nicht geändert wird, und die beiden hierfür angezogenen Stellen (D. qu. r. p. fr. 4. — D. qui pot. in p. fr. 9.), wo allerdings das „quum in potestate debitoris sit" von Einfluß wird, auf den gegenwärtigen Fall nicht bezogen werden können (s. ihre Erklärung unten), sondern vielmehr darin, daß die relocatio als eine locatio ex integro (D. loc. cond. fr. 13. § 12.), als ein neuer Contract anzusehen ist. (Vgl. Heyne, de volunt. tac. patef. vi. § 23. pg. 91 sq.)

3) Savigny, d. Lehre v. Besitz. § 17. Sintenis, in der Zeitschr. f. Civil-R. und Proc. II. S. 263 fg.

Schärfe berichtigten Theorie, lediglich der animus derer entscheidet, von welchen diese compossessio ausgeübt wird. Insbesondere den Pfandbesitz anlangend, so bleiben die Eigenthumrechtsbeziehungen, soweit sie mit der Detention nicht unmittelbar zusammenhängen, da bei dem Pfandgläubiger nur der animus rem sibi habendi, nicht auch domini vorhanden, unverändert bei dem Pfandbesteller, und insofern dazu (wie bei der Usucapion, welche bekanntlich durch die Verpfändung der Sache nicht aufgehoben wird) Besitz als Bedingung nöthig ist, besitzt der Gläubiger gleich einem Procurator des Schuldners die in seiner custodia befindliche Sache alieno nomine. Der Conductor nun aber bleibt fortwährend in dem Besitze, er inferirt die Sachen in das Haus des Locators, nicht etwa, um hierdurch seinen Besitz aufzugeben und demselben schon jetzt hierdurch die Apprehension derselben zu gestatten, sondern vielmehr zu seinem eigenen Gebrauche, und nur für den Fall, daß er seinen Verpflichtungen aus dem Vertrage nicht nachkommen werde, wird dem Gläubiger, kraft der dießfalls supponirten Willensmeinung der Contrahenten, das Recht zugesprochen, sich in den Besitz der Sachen zu setzen. Es ist ein völliges Mißverständniß der einschlagenden Rechtsverhältnisse — größtentheils durch ein falsches Auffassen des dem Gläubiger gegebenen Retentionsrechtes entstanden — zu nennen, wenn man in den Acten bisweilen die Behauptung [4]) findet, daß auch nach gemeinem Rechte der Locator schon dadurch, daß der Conductor die Sachen in des Ersteren Haus eingebracht habe, deren Besitz erworben, gleich als ob Alles, was in das Haus Jemands hereinkommt, wie in einem Zauberkreise befangen, sofort bei seinem Willen, es zu besitzen, auch als von ihm besessen anzusehen sei [5]), während doch weder Interdicte noch sonst ihm Rechts-

---

4) Zu weit geht daher auch v. Savigny, § 17. (S. 183), wenn er ganz allgemein lehrt, daß der Besitzer eines Hauses die custodia aller im Gebäude befindlichen Sachen habe, und eben dadurch den Besitz derselben erwerben könne, ohne daß irgend eine andere Handlung hinzukomme.

5) Hat allerdings Jemand von dem, welcher den Besitz erwerben will, den Auftrag erhalten, die Sache in dessen Hause niederzulegen, so geht, wenn jener diesem Auftrage

mittel zugestanden werden, welche auf das Vorhandensein eines Besitzes zurückschließen ließen, und nirgends ein Moment vorhanden ist, was die Annahme einer Uebertragung des Besitzes, eine Auflösung des alten Besitzstandes und den Anfang eines neuen, nur im Mindesten rechtfertigen könnte.

Dem Locator [6]) steht nun außer den jedem hypothekarischen Gläubiger gegebenen Rechtsmitteln [7]) das Recht zu, die

---

in der gedachten Maße Folge leistet, sonach aber absichtlich sich des Besitzes entäußert, und demselben die Möglichkeit giebt, physisch auf die Sache einzuwirken, der Besitz von dem Einen auf den Anderen über. Thibaut, Besitz und Verjährung § 19. b.; der bloße Besitz des Hauses genügt aber an sich nicht, um den Besitz der einzelnen Sachen im Hause zu erhalten. D. de poss. fr. 30. pr. So stehen fr. 18. § 2. de poss. und fr. 9. de jure dot. mit fr. 30. cit. im vollen Einklange, ohne daß man zu der von Savigny a. a. O. gegebenen Erläuterung des fr. 30. cit, welche in demselben gar keinen Anhalt findet, „als ob hier von einem juristischen Besitze ohne factisches Innehaben des Hauses die Rede sei", seine Zuflucht nehmen muß. — Es versteht sich daher von selbst, daß, wenn Jemand sein Haus vermiethet und nicht im eigenen Gebrauche hat, er aus diesem Grunde keinen Besitz an den daselbst niedergelegten Sachen erwerben kann. Dasselbe muß aber auch von den Theilen des Gebäudes, den einzelnen Wohnungen gelten, deren Gebrauch, deren factisches Innehaben sich der Eigenthümer zu Gunsten eines Anderen begeben und diesem den Besitz eingeräumt hat.

6) D. de pact. fr. 4. pr. — Daher ist nicht erforderlich, daß der Locator zugleich Eigenthümer des Hauses sei; es beruht die Hypothek allein auf dem Miethsvertrage und der Illation und nicht dem Eigenthume des Hauses; und eben deßhalb steht diese Hypothek auch dem Sublocator gegen seinen Subconductor zu; ebenso haften die Illaten des Aftermiethmannes dem ersten Vermiether, insofern dieser an den Aftervermiether noch Anspruch hat, jedoch, wie sich von selbst versteht, nur bis auf die Summe des Aftermiethzinses. D. XIII. 7. fr. 11 § 5. Auch dürfte wohl diese Hypothek dem Usufructuar eines Hauses gegen seinen Miethsmann zustehen. Sintenis, Pfandrecht. § 33. S. 297. Eben daher kann auch von dieser Hypothek dann nicht die Rede sein, wenn die Wohnung nicht in Folge eines Miethvertrags, also gegen einen Zins, sondern unentgeltlich eingeräumt worden. D. XX. 2. fr. 5. pr

7) Da das Salvianische Interdict anfänglich nur dem locator praedii rustici auf Einräumung des Besitzes der ihm von dem colonus ausdrücklich für die merces verpfändeten Sachen zustand und seine Ausdehnung auf andere Pfandschuldner

der Hypothek unterliegenden Sachen nach abgelaufener Miethszeit zu retiniren, und das Recht, den Magistratus aufzufordern, daß er sein Siegel auf die von dem Miethsmanne besessenen Sachen lege, um deren Fortschaffung hierdurch zu verhindern.

Was hier nun insbesondere zuerst das Recht, die Sachen des Miethsmannes zu retiniren, anlangt, so fragt sich zuvörderst, wann der Locator hierzu berechtigt sei; dann, wenn der Miethsmann, ohne den Zins auf die Zeit des abgeschlossenen Vertrags abgeführt zu haben, das Haus des Locators verlassen will, wobei in Consequenz der obigen Ansicht und nach dem ausdrücklichen Quellenzeugnisse „cum in universam conductionem pignora sint obligata" [8]) nicht auf die Zeit, während welcher der Miethsmann das Logis innengehabt, sondern auf die Zeit, auf welche er dasselbe abgemiethet hat, zu sehen ist. Wie aber gelangt der Locator in den Besitz der Sachen, die er retiniren will? Glück [9]) ist der Ansicht, daß dieses nur durch einen gerichtlichen Act vor sich gehen könne, indem der Vermiether den Magistratus ersuchen müsse, sein amtliches Zeichen auf die Sachen zu legen und auf diese Weise den Miethsmann zu verhindern, dieselben hinwegzunehmen [10]). Allein in den angezogenen Stellen, auf welche weiter unten noch zurückzukommen sein wird, ist nirgends eine Andeutung enthalten, daß der Vermiether nur durch diesen gerichtlichen Act zur Retention berechtigt werde, und würde im Uebrigen dem Locator hierdurch oft nur ein höchst precärer Nutzen gewährt werden, zumal in solchen Fällen der Erfahrung nach oft bei dem schleunigsten Einschreiten die Arglist des Miethmannes nicht vereitelt werden kann. Vielmehr muß dem Vermiether das Recht eingeräumt werden, sich bei dem Abzuge des Miethmannes, der seinen ihm vertragsmäßig obliegenden Verpflichtungen nicht nachgekommen, in den Besitz der der Hypothek unterworfenen Sachen desselben selbst zu setzen und sie demselben vorzuenthalten. Dieses ergiebt sich

---

überdieß bestritten ist, so ist dasselbe in dieser Untersuchung nicht weiter berücksichtigt worden.

8) XLIII. 32. fr. 1. § 4.

9) Erl. d. Pand. XVIII. S. 427.

10) D. locati fr. 56. — de injur. fr. 20 — C. ut nemini liceat. c. 1. 2.

theils aus den einschlagenden Quellenzeugnissen [11]), welche dem Gläubiger schlechthin in diesen Fällen das Recht zur Retention ertheilen, theils auch aus der Natur der Sache, indem hier eigentlich die Bedingung der durch das Gesetz gegebenen Hypothek Platz ergreift, nämlich daß der Miethsmann durch die Illation gleichsam dem Vermiether das Recht ertheilt habe, bei Nichterfüllung des Vertrags sich in den Besitz der Invecta zu setzen und dieselben zur Sicherheit seiner Forderung bis zu deren Tilgung zurückzuhalten. Der Locator setzt sich sonach quasi vertragsmäßig, nicht eigenmächtig in den Besitz der Sachen. Die allgemeine Regel also, daß der Pfandgläubiger nur mittels der Pfandklage sich in den Besitz des Pfandes setzen dürfe, cessirt hier; allerdings kann gewöhnlich der hypothekarische Gläubiger, selbst wenn er ex justa causa den Besitz der ihm verpfändeten Sachen erlangt hat, dafern jene nicht aus dem Pfandvertrage entstand, dieselben nicht retiniren, sondern muß vielmehr dieselben ordnungsmäßig herausgeben, und sodann mittels der Pfandklage sich den Besitz verschaffen, weil außerdem die bona fides dadurch verletzt würde [12]).

Hierbei wird es jedoch von wesentlichem Interesse, zu wissen, ob man sagen darf, daß der Locator sonach sich nach Pfandrecht in den Besitz der Sachen gesetzt habe. Und dieß ist jedenfalls zu bejahen. Eines Theils spricht dafür die so eben angegebene Rücksicht, die nur in dem dieser Hypothek gleichsam untergeschobenen Pfandvertrage, der zwischen den beiden Contrahenten angenommen wird, ihre genügende Erklärung findet, anderen Theils dafür, daß der Locator wegen der nunmehr aus dem Pfandbesitze ihn treffenden Verpflichtungen, namentlich wegen Herausgabe der Sachen, wegen Leistung von Schadenersatz, wenn die Sachen durch einen abwendbaren Zu-

---

11) S. bei Glück, a. a. O. S. 425.

12) So muß der hypothekarische Gläubiger die ihm verpfändete Sache, wenn er sie als depositum erhielt, auf Verlangen des Deponenten (Schuldners) herausgeben, wie bei jedem anderen Depositum, ohne sich mit seinem Pfandrechte an der Sache in deren Detention schützen zu können.

fall bei ihm zu Grunde gingen, mit der Pfandklage in Anspruch genommen wird [13]).

Ist aber anzunehmen, daß in diesem Falle der Gläubiger nach Pfandrecht in den Besitz des Pfandes gekommen ist, so haben wir auch alle diejenigen Beziehungen und Rechtsverhältnisse zwischen Vermiether und Miethsmann, welche der Pfandcontract zwischen Gläubiger und Verpfänder begründet [14]), da, sobald der Besitz des Pfandes für den Pfandgläubiger eintritt, die formellen, wie die wesentlichen Erfordernisse des Pfandcontracts — bekannten Rechten nach — vorhanden sind.

Hierdurch erhalten wir aber einen wesentlichen Gewinn für die folgende Untersuchung. Denn, wenn auch die Quellen öfters von einem retinere des Locators sprechen, so kann hieraus bekanntlich nicht darauf geschlossen werden, daß demselben ein Retentionsrecht in dem eigentlichen Sinne dieses Wortes zustehe [15]), und zwar nun um so weniger, als wir den Besitz der invecta und illata durch den Gläubiger als einen Pfandbesitz charakterisirt haben, der bekanntlich mit dem Retentionsrechte nur darin übereinstimmt, daß die Dauer beider Rechte bis zu einem bestimmten Zeitpunkte — dem der Befriedigung der Forderung, als deren Accessorium sie erscheinen, und deren Sicherung sie zugleich bezwecken — beschränkt ist. Wir werden daher kein Bedenken tragen, dem Locator nicht nur juristischen Besitz und unter den bei Veräußerung von verpfändeten Sachen überhaupt geltenden näheren Bestimmungen das Veräußerungsrecht zuzuschreiben und ihm gegen jeden Dritten die Verfolgung seines Rechts auf die Sache nach Pfandrecht zu gestatten, — während das Retentionsrecht, bei beschränkter Wirkung in der Rechtsverfolgung, allein die Sicherung der Hauptforderung durch die retinirten Sachen, ohne zugleich eine Aenderung in der rechtlichen Natur derselben dem Eigenthümer gegenüber hervorzurufen, bewirkt. Das dem Pfandgläubiger zustehende Recht, das Pfand bis zur erfolgten Be-

---

13) D. de damno inf. fr. 34.
14) Sintenis, d. Lehre v. Pfandrechte. S. 231.
15) Kind, Qu. for. II. 8. pg. 60.

friedigung zurückzubehalten, fließt unmittelbar aus dem Pfandvertrage, und ist daher lediglich auch nach diesem und den über denselben geltenden Bestimmungen zu bemessen, und es ist hier nicht jenes selbstständige, als die unmittelbare Folge aus anderen Verträgen sich darstellende Retentionsrecht vorhanden. Es ist im Uebrigen bereits von Schenk [16]) gezeigt worden, daß daraus, daß die Gesetze oft das **jus retentionis** als **quasi pignus, loco pignoris** u. s. w. bezeichnen, eine Gleichheit dieser beiden Rechte mit Ausnahme des durch diese Ausdrücke bezeichneten accessorischen, auf die Sicherheit der Forderung selbst abzweckenden Rechts nicht gefolgert werden mag. Das Wort **retinere** ist überhaupt hier weniger im juristischen als grammatischen Sinne gebraucht und drückt, wie die hier einschlagenden Stellen wohl beweisen dürften [17]), mehr das Vorenthalten der in dem Hause des Vermiethers befindlichen Sachen aus.

Es fragt sich nur, ob überhaupt die **invecta illata** dadurch, daß der Miethsmann sie veräußert hat und solche nicht mehr in der gemietheten Wohnung befindlich sind, auch der Pfandhaftung entzogen werden, und es ist namentlich von Glück [18]) und Sintenis [19]) behauptet worden, daß diese Hypothek der Verpfändung einer **taberna** ähnlich sei und diejenigen Gegenstände zunächst afficire, welche zu der Zeit, da sie geltend gemacht wird, als **invecta illata** in dem **praedio conducto** noch vorhanden sind, die Gesetze auch nur von einer Retention der inferirten Sachen sprächen. — Allein abgesehen

---

16) Die Lehre vom Retentionsrechte. § 4. 11. Cf. Kind, l. l. pg. 55. Dennoch vermengt Kind mehrmals in dieser Abhandlung das selbstständige Retentionsrecht mit dem Rechte des Pfandgläubigers, die Sache bis zur erfolgten Befriedigung zurückzuhalten, da doch beide völlig von einander zu trennen sind. Daher kommt es auch, wenn Kind fälschlich dem Retinenten überhaupt die possessor. Interdicte zuschreibt.

17) D. de damn. inf. fr. 33. (migrare prohibent.) fr. 34. — D. de migr. fr. 1. § 5. „nec pignoris nomine inducta sint, nec retineri poterunt."

18) Thl. XVIII. S. 423, 426 fg. S. auch Huber, prael. ad Pand. XX. 2. § 9.

19) Pfandrecht. S. 467. — Dagegen Meißner, § 65. (I. S. 163.)

davon, daß der in der c. 15. C. de pignor. bei Generalhypotheken ausgesprochene Satz: res transit cum suo onere, eine ganz allgemeine Verordnung ist, so läßt sich in der That nicht absehen, wie bei dieser Annahme man noch von einer Hypothek, ja sogar von einem Pfandrechte sprechen könne. Glück behauptet, daß der Locator sich nur durch einen gerichtlichen Act auf vorgängige Imploration des Richters in den Besitz setzen dürfe. Wenn er nur durch den Richter den Besitz und ein Pfand erhalten kann, zu was bedürfte es da noch der hypothekarischen Klage und des Salvianischen Interdicts? — eine Hypothek ohne hypothekarische Klage, ein Pfandrecht ohne Pfandklage! Daß die Gesetze nur von der Retention sprechen, dürfte nichts beweisen. Denn die hypothekarische Klage ꝛc. hatte der Vermiether schon ipso jure als Hypothekengläubiger, und sonach bedurfte sie keiner besonderen Erwähnung; wohl aber das singuläre Retentionsrecht, welches überdieß in praxi von größerem Werthe sein wird, als die hypothekarische Klage, und sonach vorzugsweise erwähnt wird. Das D. XX. 2. fr. 9. vermag bei dem für die Manumission überhaupt sprechenden favor juris nichts zu beweisen. Ausdrücklich verpfändete Sclaven konnten nicht freigelassen werden; verwandelte sich daher die eine Mehrheit von Sachen (worunter auch Sclaven waren) umfassende Hypothek in ein specielles Pfandrecht der einzelnen Sachen, so war auch Manumission unmöglich; — die unter jener Hypothek begriffenen Sclaven traten aber durch die Manumission aus dem Pfandnexus. — Die Gefahr für den öffentlichen Verkehr, welche bei dem Grundsatze: res transit c. suo onere, hier eintreten würde, ist mehr oder weniger bei allen Generalhypotheken und solchen, die eine Mehrheit von Sachen afficiren, begründet, und kein ausschließliches Merkmal der des Locators, was überdieß, da es sich de lege lata handelt, nicht entscheiden könnte. Die einzelnen Sachen haften nicht blos als Bestandtheile des ganzen Complexes [20]), sondern überhaupt haftet bei General- und eine Mehrheit von Sachen umfassenden Hypotheken die einzelne Sache ebenso, als ob sie einzeln ver-

---

(20) Bülow, Abhandlungen. Thl. I. nr. 1. Dagegen Sintenis, S. 490.

pfändet worden sei, und von dieser allgemeinen Regel macht die Verpfändung der taberna nur deßhalb eine Ausnahme, weil bei der taberna der Zweck eben der ist, die einzelnen Theile derselben im Wege des Handels zu veräußern und zu vertreiben, wo eine Haftung auch der veräußerten Sache geradezu die Möglichkeit einer sicheren Veräußerung der ja zu derselben bestimmten Waaren und das Vertrauen der Käufer aufheben würde, während man dieses Verhältniß bei den invectis illatis doch nicht annehmen könnte. Der Vermiether ist daher berechtigt, mit der hypothekarischen Klage sich in den Besitz der Sachen zu setzen, gleichviel ob solche bereits aus der Miethswohnung von dem Schuldner fortgeschafft oder wohl gar von diesem an Dritte veräußert worden sind, während er, so lange die Sachen noch in der vermietheten Wohnung sich befinden, wenn der Miethsmann ohne Erfüllung seiner Verbindlichkeiten das Haus verläßt, sich eigenmächtig in den Besitz derselben setzen kann.

Hierbei ist noch der Fall zu erwähnen, wenn der Richter auf vorgängige Imploration des Vermiethers die Sachen des Miethsmannes aufzeichnete und amtlich besiegelte oder sonst bezeichnete. Wenn ein Miethsmann während zweier Jahre abwesend ist und während dieser Zeit auch keinen Miethszins bezahlt, kann der Vermiether verlangen, daß das praedium conductum gerichtlich geöffnet und die aufgefundenen Sachen verzeichnet werden [21]), wodurch, wie aus XX. 2. fr. 9. sich ergiebt, ein gerichtliches Unterpfandsrecht an den einzelnen Sachen erlangt wird. Mochte das Verfahren auch mit einer missio rei servandae causa manche Aehnlichkeit haben, zumal ein gerichtliches Unterpfandsrecht nicht ohne vorgängige Besitzertheilung (D. de pign. act. fr. 26. § 1.) gedacht werden kann, so lag doch hier eine hypothekarische Forderung vor, bei der die eigentliche missio wegen der schon durch die Hypothek gegebenen Sicherheit nicht stattfand. — Um zu dem Gesuche um Anlegung der amtlichen signa berechtigt zu sein, mußte entweder der debitor abwesend [22]) oder bereits rechtskräftig verurtheilt sein [23]). Vor-

21) D. locati. fr. 56.
22) D. l. l. — de injur. fr. 60.
23) Cod. II. 17. c. 1.

zügliche Wirksamkeit mochte daher dieses Recht wohl äußern, wenn der Miethsmann in der Wohnung noch befindlich war, aber die bereits fällig gewordenen Zinstermine nicht bezahlen wollte, wo, wenn derselbe sich nicht zugleich zum Ausziehen bereit machte, ein Retentionsrecht natürlich nicht stattfinden konnte. Daß übrigens dieses Recht nur in Bezug auf die noch in der Wohnung befindlichen Sachen, und nicht nach bereits verlassener Wohnung auch gegen den conductor geltend gemacht werden konnte, läßt sich nicht behaupten [24]).

Das Recht des Vermiethers erstreckt sich auf alle diejenigen Sachen, welche der Miethsmann pignoris nomine [25]) und in der Absicht, ut ibi sint [26]), in die Miethswohnung inferirt hat, jedoch müssen sie dem conductor eigenthümlich zugehören [27]).

Wie ferner überhaupt das selbstständige Retentionsrecht schon nur gegen den Retentionsgegner, nicht auch gegen den Dritten, welcher ein älteres oder stärkeres Recht auf die Sache hat, geltend gemacht werden kann, und nur in letzterer Beziehung die Besitzvortheile gewährt, so sehen wir auch, daß der Pfandgläubiger gegen ältere Rechte auf die als Pfand retinirte Sache durch den Besitz sich nicht schützen kann, und namentlich, so viel die Concurrenz mit anderen Pfandgläubigern anlangt, der ältere Pfandgläubiger die Sache ihm mittels der Pfandklage abzufordern berechtigt ist. Wenn wir nun zugleich oben sahen, daß die a. hypothecaria des Locators keineswegs davon abhängig ist, daß die invecta illata sich noch im Hause

---

24) Cod. II. c. 17. c. 1. Nur wenn die Sachen an einen Dritten gelangt waren, fiel dieses Recht hinweg. const. 2.

25) D. XLIII. 32. fr. 1. § 5.

26) D. XX. 2. fr. 7. § 1. Man vergl. über dieses Gesetz Glück, Erl. d. P. XVIII. S. 416. — Vgl. auch Lauterbach, Coll. th. pr. Pand. ad T. XX. 2. § 116. Meißner, a. a. O. § 63. S. 155.

27) D. XLIII. 32. fr. 1. § 5. enthält zwar eine Ausnahme in Betreff der ausdrücklichen allgemeinen Verpfändung sämmtlicher Illata. Allein an sich läßt sich doch nicht — wenn nicht eben eine allgemeine Verpfändung vorliegt — annehmen, daß der conductor würde auch fremde Sachen verpfändet haben, und deßhalb ist der Umfang der gesetzlichen Hypothek auf die res propriae zu beschränken.

befinden, vielmehr dieselbe mit der a. locati pari passu geht[28]), welche ebenfalls nicht durch dieses Innensein der gedachten Sachen bedingt ist, so kann der, welcher wegen einer späteren Miethzinsforderung die invecta illata retinirt, die von einem früheren Vermiether wegen einer älteren Miethzinsforderung auf Herausgabe jener erhobene hypothekarische Klage nicht mit dem Anführen, daß er sie retinire, zurückweisen, und das Recht des Vermiethers wird dadurch, daß er aufhört, Eigenthümer des Hauses zu sein, ebenso wenig als durch die Retention wegen einer späteren Miethzinsforderung eines Dritten aufgehoben. Wenn daher in einem Concurse mehrere Miethzinsforderungen, gleichviel ob solche von den Eigenthümern verschiedener Häuser, in denen der Cridar gewohnt, oder von mehreren Vermiethern, die nach einander das Haus, in welchem der Cridar gewohnt, eigenthümlich besessen haben, angemeldet werden, so entscheidet, da wir im Römischen Concurse von einem Vorzuge des retinirenden Gläubigers nicht sprechen können, lediglich das Alter der Forderung ohne jede weitere Modification.

Den Anfang der Hypothek des Locators anlangend, so nimmt man gewöhnlich die Illation als Anfangspunkt an, so daß jede Sache erst durch die Illation dem Pfandrechte unterworfen werde. Und diese Ansicht dürfte auch die richtige sein.

Im Allgemeinen läßt sich zwar nicht bezweifeln, daß, wenn ein Pfandrecht bestellt wird, dieses, dafern nur die Obligation, wenn auch die debiti causa noch nicht feststeht, bei dem Eintreten der letzteren auf den Abschluß der Obligation zurückdatirt und so betrachtet wird, als habe es mit diesem bereits begonnen, — während bei den Pfandbestellungen bei solchen, wo die Obligation und die debiti causa von einander nicht getrennt werden können, das Pfandrecht unbedingt erst mit der letzteren

---

28) D. XX. 2. fr. 2, „quo nomine ex locato cum eo erit actio." Lauterbach, Colleg. P. XX. 2. § 19. Es kann auch dieses Gesetz keineswegs blos auf die Culpa des Miethsmannes eingeschränkt werden.

zugleich eintritt, und vorher weder Wirkungen äußern, noch die etwa unterdeß erfolgte anderweite Disposition vor der Existenz der debiti causa durch diese Pfandbestellung alterirt werden kann. So bei einem Darlehnsvertrage, wo die zwischen der Pfandbestellung und der Auszahlung der Darlehnssumme anderweit erfolgte Veräußerung und Verpfändung der in jener Pfandbestellung begriffenen Sachen nicht angefochten werden kann, vielmehr diese anderweite Disposition (caeteris paribus) prävalirt, da die Obligation hier — als bei einem Realcontracte — erst mit der debiti causa, dem Empfangen des Geldes, eintritt, die in des Debitors Willkür stand, und zu der er nicht gezwungen werden konnte. Jetzt erst mit dem Eintritte der debiti causa erhält jene (erste) Pfandbestellung Reellität und Leben; was vor diesem Zeitpunkte erfolgte, kann von dem Gläubiger nicht angefochten werden [29]). Die locatio conductio gehört nun aber nicht zu der letzteren Classe, und es scheint daher der Anfang des Pfandrechts nicht auf die Illation, durch welche nicht erst die Obligation, — als bei einem Consensualcontract — zur Existenz kommt, sondern vielmehr auf den Abschluß des Vertrags gesetzt werden zu müssen. Dennoch aber dürfte, wie gedacht, die gemeine Ansicht den Vorzug verdienen. Der Gesetzgeber hat bestimmt, daß die Sachen des Miethsmannes durch die Illation dem Rechte des Locators unterworfen werden; — ob und welche Sachen nun der Miethsmann inferiren wird, hierüber ist ebenso wenig Gewißheit, als rechtliche Norm vorhanden. Es ist hier nicht der Fall einer ausdrücklichen speciellen Verpfändung; denn in solchem Falle entscheidet sofort wieder zu Gunsten des Vermiethers die so eben aufgestellte allgemeine Regel [30]), und

---

29) D. XX. 3. fr. 4. Titius, cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit; deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam. Quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit, cum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est et igitur inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

30) D. qui pot. in pign. fr. 9.

das Pfandrecht des Vermiethers beginnt mit dem Abschlusse des Vertrags, nicht von der Illation, dafern nicht die Contrahenten ausdrücklich von dieser den Eintritt abhängen lassen, in welchem Falle die Existenz desselben allerdings ganz der Willkür des Schuldners anheimgegeben ist [31]); in diesem Falle beginnt das Pfandrecht auch erst mit der Illation, wie das an zukünftigen Sachen durch ihre Existenz. Was in diesem Falle bei ausdrücklicher Vereinbarung der Parteien gilt, gilt auch da, wo die gesetzliche Disposition Platz ergreift [32]). Sie unterwirft die invecta illata als solche dem Rechte des Vermiethers; das werden sie erst durch die Illation, und wie bei zukünftigen Sachen durch ihre Existenz erst das Pfandrecht in das Leben tritt, so auch hier durch die Illation.

Das Schicksal der stillschweigenden Hypotheken in Sachsen nun ist bekannt [33]). Auch die Hypothek der Locatores sowohl der praedia urbana als rustica wurde aufgehoben, dafür aber bestimmt, daß „denen locatoribus des juris retentionis in fructibus natis oder rebus illatis [34]) nach Unterschied derer bestellten Pfandrechte werden daher hier durch das spätere Factum („quod inducta res est, quod posterius factum est") nicht aufgehoben. Vgl. C. in qu. c. p. const. 5.

---

pr. erhält hierdurch seine genügende Erklärung.

31) Es kann dahin gestellt bleiben, ob im Allgemeinen von Bedingungen, welche in der Willkür des Schuldners beruhen, im Röm. Rechte die Rede sein kann (Sintenis, S. 369); allein D. qui pot. in p. fr. 11. § 2. handelt nur von dem Falle, wo Jemand diejenigen Mobilien, die er einführen werde, allgemein dem Locator noch verpfändet hat. Sie erhalten mithin den bei der Pfandbestellung im Voraus angenommenen Charakter erst durch die Illation. Jedoch wird man wohl zugeben müssen, daß dieses Verhältniß einer von der Willkür des Schuldners abhängenden Bedingung sehr nahe kommt. Die vor der Illation

32) Die Wirkungen sind indeß insofern verschieden, als dem Schuldner die Veräußerung der speciell verpfändeten Sachen nicht gestattet ist, wohl aber der dem stillschw. Pfandrechte unterworfenen Sachen.

33) Meißner, § 311 fgg. (II. S. 533 fgg.)

34) Es ist zwar hier nur von den rebus illatis, nicht auch von den invectis die Rede. Allein, daß dieselben ebenfalls hier mit verstanden werden müssen, ergiebt sich von selbst. Vgl. auch Hermann, d. Miethvertrag. § 114. not. c. S. 160.

Fälle [35]) sich zu gebrauchen, und so lange solche in dem verpachteten Gute annoch vorhanden, sich daran **loco pignoris** zu halten unbenommen bleibet" (E. P. O. **ad T. XLV. § 4.**), und später ist wegen der Zweifel, wo der Retinent wegen seiner Befriedigung zu lociren sei, im Rescripte vom 26. Juli 1764 verordnet worden: „Ob Wir nun wohl in dem Falle, wenn ein **creditor**, der für eine Forderung ein Pfand in den Händen hat, nach Bezahlung derselben solches Pfand wegen einer anderen Forderung, dafür es nicht unterpfändlich eingesetzt ist, retiniret, und **existente concursu ex hoc jure retentionis** auch wegen der letzteren Forderung eine Priorität prätendiret, einiges Vorzugsrecht stattfinden zu lassen nicht gemeinet sind, so tragen Wir dennoch solches **jus prioritatis** in allen anderen Fällen, wo das Retentionsrecht als ein **quasi pignus** die Priorität nach sich ziehet, aufzuheben Bedenken." Es ist hierdurch dem Retentionsrechte die Wirkung eines Specialpfandrechts dergestalt eingeräumt worden, daß der retinirende Gläubiger, wenn er im Concurse innerhalb der geordneten Zeit die Sache zur Masse herausgegeben und sich unter den Gläubigern gemeldet hat, nicht aus der Masse überhaupt, sondern, nach vorgängiger Befriedigung der absolut privilegirten Gläubiger, aus dem Erlöse der retinirten Sachen, so daß hier gegen die Natur des Pfandrechts **pretium succedit in locum rei**, vorzugsweise Zahlung fordern kann [36]). Die Lehrer des vaterländischen Rechts sind einverstanden darin, daß der Locator an sich dadurch, daß der Miethsmann in die abgemiethete Wohnung Sachen inferirt, den Besitz dieser Sachen nicht erworben habe, und es läßt sich auch die entgegengesetzte Annahme nicht mit einem Scheine aus den über die Erwerbung des Besitzes geltenden Bestimmungen [37])

---

35) Die Erklärung dieser Worte „nach — Fälle" s. bei Kind, II. 9. not. n. Dagegen Griebner, Discurs ad h. v.

36) Kind, Qu. for. II. 8. 9. Ueber die Unrichtigkeit der auch von Kind hier (s. auch Curtius, Handb. § 478. Thl. II. 1. S. 89 d. neuesten Ausg.) zu Grunde gelegten Eintheilung des Retentionsrechts in jus retent. simplex und qualificatum s. Schenk, Retentionsrecht. § 52. Sintenis, Pfand-R. § 5. S. 25. 26.

37) S. oben S. 126.

rechtfertigen. Die E. P. O. giebt aber nichtsdesloweniger dem Locator ein jus retentionis loco pignoris an den invectis illatis, so lange solche in dem verpachteten Grundstücke noch vorhanden sind.

Die neueren Rechtslehrer unterscheiden nun zwar genau zwischen dem Rechte auf Rückhaltung einer Sache, welches unmittelbarer und nothwendiger Ausfluß eines anderen Vertrags oder sonstigen Rechtsverhältnisses ist, und dem selbstständigen, unabhängigen, auf unmittelbarer Sanction der Gesetze oder ausdrücklicher Bestellung beruhenden Retentionsrechte. Namentlich rechnen sie zu der ersteren Classe die Retentionen ex jure dominii, pignoris, venditionis, compensationis u. s. w., während dagegen das dem Pfandgläubiger gegebene Recht, das Pfand auch wegen einer nicht conneren chirographischen Forderung zurückbehalten zu können, recht eigentlich das selbstständige Retentionsrecht ist, da es sich rein auf das Gesetz gründet und nicht nothwendig Folge des Pfandvertrags ist. Allein darin kommen sowohl das vertragsmäßige Zurückbehalten, als das selbstständige Retentionsrecht überein, daß der Gläubiger sich bereits im Besitze der Sachen, an welchen er das Recht ausüben will, befinden müsse, und weder das Erstere noch das Letztere ein Mittel sei, sich erst in den Besitz der Sachen zu setzen. Die älteren Schriftsteller, welche oft auf die sonderbarste Weise Alles, was nur von fern einem Retentionsrechte ähnlich sah, zu demselben rechneten, verlangen doch sämmtlich [38]), daß der, welcher zurückhalten will, sich bereits im Besitze der zu retinirenden Sache befinden müsse, und, selbst wenn die Sache zufällig in den Besitz des Retinenten gelangte, der den Besitz eben Behufs ihrer Zurückbehaltung ergriff, so war doch die Ausübung derselben nicht eher möglich, als bis er Besitz ergriffen, und die causa possessionis ist auch in diesem Falle älter als die Retention. Auch in der grammatischen Bedeutung des Wortes retinere, welche häufig in den Quellen gebraucht wird [39]), findet man,

38) Molignatus, de j. retent. sunt. § 24. Lauterbach, de retent. (Diss. Vol. III. n. 123.) § IX. Mühlpfort, de j. r. th. 9. 18. König, d. j. r. § 24. Schmid, de iis, quae ad exerc. j. r. necess.

39) S. Schenk, S. 33.

wie auch die hierher gehörigen Stellen zeigen, daß dabei stets von der Fortsetzung eines Besitzes die Rede ist. Der Besitz der Sache ist sonach bei jedem Retiniren schlechterdings erforderlich.

Der Locator hat nun, wie gedacht, an sich den Besitz der invecta illata nicht; vielmehr bleiben dieselben im vollen, ungetheilten Besitze des Miethsmannes. Wenn die E. P. O. nichtsdestoweniger von einem jus retentionis loco pignoris des Locators spricht, so muß man, wenn man dem Gesetze selbst nicht Zwang anlegen will, hier einen Besitz in der gedachten Maße statuiren, fingiren, und die zur Annahme einer Fiction stets erforderliche lex liegt, wie gedacht, in der nur unter dieser Fiction erklärbaren gesetzlichen Bestimmung. Es möchte sich kaum rechtfertigen lassen, deßhalb, weil an sich Besitz hier nicht denkbar ist, gegen das Gesetz dem Locator den Besitz und das Retentionsrecht im eigentlichen Sinne zu versagen, da hierdurch der Richter den deutlich ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers geradezu verletzen würde, obgleich sich nicht verkennen läßt, daß dieser Besitz etwas höchst Anomales ist, und er dem Locator keine weiteren Rechte gewährt und natürlich gewähren kann, da er die factische Detention der Sache nicht hat, als ihn als Fundament des später geltend zu machenden Retentionsrechts anzusehen. — Daß zwischen den Sachen des Miethsmannes und der Forderung des Vermiethers an sich keine — beim Retentionsrechte aber erforderliche — Connexität vorhanden, kann hiergegen nicht angeführt werden, da wir neben der ursprünglichen Connexität auch eine positive, d. h. durch besondere Sanction der Gesetze geschaffene Connexität als ausreichend zur Retention ansehen müssen.

Für die hier aufgestellte Ansicht spricht auch Griebner, in s. Discurs, wenn er anführt: „loco pignoris zu halten" „— es ist eben, als wenn der Locator die Sachen in seinem Beschluß hätte, er hat mit denen, so versetzte Sachen in ihrem Beschluß haben, gleiches Recht, wie diese die versetzten Sachen, salvo jure pignoris, zum Concurs lieffern müssen."

Aus diesen Worten aber, nicht minder aus der von Griebner gegebenen Erklärung der Worte: „unbenommen bleibt", wo

er ſagt, daß dem Locator eine „quasi tacita hypotheca" gegeben worden ſei, geht zugleich hervor, daß den Worten des Geſetzes: „jus retentionis loco pignoris", eine wichtigere Bedeutung beizulegen ſei, als ſonſt dieſen und ähnlichen Worten in Stellen, wo von dem Retentionsrechte gehandelt wird. Während nämlich dieſer ſich häufig in den Quellen findende Ausdruck keine weitere Verwandtſchaft des Retentionsrechts mit dem Pfandrechte bedeutet [40]), als daß beide Rechte zur Sicherheit der Hauptforderung als Acceſſorien dienen, iſt durch dieſe Worte im vorliegenden Falle auf einen dem Pfandrechte ziemlich nahe kommenden Effect hingedeutet und der Retinent berechtigt worden, aus dem Erlöſe der von ihm retinirten und dann zur Maſſe abgegebenen Sachen vorzugsweiſe vor den übrigen einfachen Hypothekariern und Pfandgläubigern Befriedigung zu beanſpruchen [41]). Dagegen giebt die eben angezogene Stelle aus Griebner, ſo wie die Worte des Geſetzes: „ſo lange ſolche in dem verpachteten Gute annoch vorhanden", deutlich an die Hand, daß das ſo eben beſchriebene Recht weſentlich und unmittelbar von jenem fingirten Beſitze des Locators abhängig, und inſoweit das Retentionsrecht immer noch nach ſeiner gewöhnlichen Natur zu beurtheilen iſt. Veräußert der Miethsmann die invecta illata, verläßt er mit ihnen das Haus, ſo hört das Recht des Vermiethers an denſelben ebenſo gut auf, als durch die Beſitzveränderung des Vermiethers. Wenn daher in einem zu dem Vermögen des Miethsmannes ausgebrochenen Concurſe der derzeitige Vermiether kraft des Retentionsrechts und der geſetzlichen Beſtimmung vorzugsweiſe Befriedigung aus den invectis illatis fordert, ſo kann der frühere Vermiether, mag er nun dieſelbe Wohnung, die der Miethsmann bis jetzt inne hatte, als damaliger Beſitzer des Hauſes, in welchem ſie ſich befindet, an den Cridar vermiethet oder letzterer früher eine Wohnung in einem anderen Hauſe, welches dem Gläubiger gehört, abgemiethet haben, wegen des Alters ſeiner Forderung keinen Widerſpruch erheben [42]).

---

40) S. oben not. 16. 17.

41) Kind, l. l.

42) S. dagegen, was das gemeine Recht anlangt, oben S. 135.

Doch bieten sich hier noch einige Zweifel dar. — So viel steht fest, daß, da das **jus praelationis** des Locators nur an die Stelle der früheren stillschweigenden Hypothek getreten ist, diejenigen Gläubiger, welche ein älteres stillschweigendes Pfandrecht an den fraglichen Sachen gewonnen haben, auch noch jetzt dem Locator vorangehen [43]).

Die bekannte Streitfrage, ob der Faustpfandgläubiger, dem, wie gedacht, in Betreff der Befriedigung seiner Forderung im Concurse des Miethsmannes der Locator gleichgestellt worden — nur so lange, als er im Besitze des Pfandes sich befinde, sein Recht geltend zu machen im Stande sei, und ob der Begriff des Faustpfandes wesentlich und ohne Ausnahme von dem Besitze der verpfändeten Sachen abhängt, kehrt daher auch hier zurück, zwar nicht in Betreff des Locators, wo, nach der ausdrücklichen Vorschrift der Gesetze, sein Pfandrecht nur auf diejenigen Sachen des Miethmannes sich erstreckt, welche in der ermietheten Wohnung sich befinden, jedoch dem Dritten gegenüber in Betreff derjenigen Sachen, welche der Miethsmann vor der Illation bereits einem Dritten verpfändet und von diesem miethsweise oder sonst unter speciellen Contractsverhältnissen zurückerhalten und nun inferirt hat, — bei denen es also zweifelhaft wird, ob sie, wenn sie zur Zeit des Concurses noch in dem **praedium conductum** sich befinden, dem Pfandrechte des Vermiethers unterworfen sind. — Allein, wenn auch an sich in der Zurückgabe der verpfändeten Sachen eine Remission des Pfandrechts zu suchen ist, so kann doch die aus der Rückgabe des Pfandes abgeleitete Vermuthung für die Aufgabe des Pfandrechts nicht den von dem Gläubiger zu führenden Beweis des Gegentheils ausschließen, und es wird in den Quellen wiederholt gelehrt, daß die miethsweise erfolgte Rückgabe der verpfän-

---

43) Curtius, § 1104. — (II. 3. S. 418. 420.) Da die E. P. O. die stillschw. Hypotheken aufhob, so konnte sie bei der Bestimmung über die Locirung der Pfandgläubiger jener keine Erwähnung mehr thun, die stillschw. Hypotheken mußten selbst sich wieder ihren alten Platz vindiciren, als sie wieder restituirt worden waren. Biener, prog. 81. (Opusc. Ac. II. pg. 330.)

deten Sachen dem Pfandrechte keinen Eintrag thue [44]). Die in der E. P. O. ad T. XLIV. § 2. enthaltene und auch in das Mandat von 1836 § 29. übergegangene Bestimmung: „es hat allein derjenige, dem ein Pfand zugleich übergeben worden, wann er es wirklich in den Händen hat, — ein jus reale daran erlanget", kann, abgesehen davon, daß durch diese allgemeine Bestimmung jene specielle Ausnahme nicht aufgehoben wird, schon deßhalb dagegen nicht angeführt werden, weil jene Worte (wie die folgende Bemerkung: „gestalt das constitutum possessorium oder eine traditio ficta hierbei keineswegs zu attendiren", welche die Folgen jenes Satzes bezeichnet, deutlich an die Hand giebt) nur die Unstatthaftigkeit des constituti possessorii und der traditio ficta darthun sollen, so daß allerdings eine ausdrückliche Generalhypothek nicht mehr denkbar war. Ebenso wenig nun aber die anderweite Verpfändung einer als Faustpfand gegebenen Sache das Recht des ersten Pfandgläubigers aufzuheben oder zu schmälern vermag, vielmehr derselbe als berechtigt anzusehen ist, die Sachen von dem dritten Besitzer durch die hypothekarische Klage zurückzufordern [45]), so

---

44) D. de p. act. fr. 22. § 3. fr. 35. § 1. fr. 37. — de prec. fr. 6. § 4.

45) Es könnte zwar scheinen, als ob der Gläubiger die Sache nur von dem Schuldner mittels der aus dem Contracte, in Folge dessen dieser die Sache zurückerhielt, hervorgegangenen Klage repetiren könne, da eben dieser Contract zur Norm für das Incidentverhältniß dienen muß; allein dieser Contract selbst ist immer wieder von den rechtlichen Folgen des Pfandvertrags abhängig, und es wird dem Gläubiger geg. den Schuldner, welcher das ihm wieder vermiethete Pfand verkauft hat, ausdrücklich im fr. 22. cit. die Pfandklage gegeben. Wenn von Curtius, § 1096. (II. 3. S. 388. Ed. noviss.), behauptet wird, daß der Gläubiger in diesen Fällen kein dingliches Recht an der Sache habe, so steht dieß mit fr. 37. D. h. t. im Widerspruche. Es ist auch kein Grund vorhanden, dem Gläubiger gegen den dritten Besitzer, wenn der Schuldner contractwidrig die Sache weiter verpfändete, die hypothekarische Klage zu versagen, da sie ihm doch überhaupt nicht versagt wird, wenn er den Besitz des Pfandes verloren hat, und hier nun die Ursache, weßhalb der Pfandgläubiger bei der Vermiethung des Pfandes an den Schuldner den Besitz (animo) zurückbehielt (den der Schuldner nicht erwarb), aufgehört hat (fr. 37. cit.). Dem zweiten Pfandgläubiger stehen sowohl die Pfandklage als auch, nach Befinden,

kann man doch nicht annehmen, daß das einem Specialpfande nur gleichgeachtete Retentionsrecht des Locators die auf den Sachen des Miethsmannes schon ruhenden Pfandrechte auszuschließen vermöchte, und da übrigens diese der Natur eines Pfandrechts entnommene Wirkung des Retentionsrechts erst dann eintritt, wenn der Vermiether von demselben wirklich Gebrauch machen darf, so hat derselbe — gegen die im Römischen Rechte wegen der rechtlichen Natur der vom Zeitpunkte der Illation an begründeten Hypothek geltenden Bestimmungen — sogar diejenigen Pfandrechte zu respectiren, welche erst während der Miethszeit an den inferirten Sachen entstanden sind. Auch kann im Uebrigen hier, wenn nicht besonderer dolus vorliegt, von dem sonst dem Pfandgläubiger, welchem der Schuldner eine schon einem Dritten zum Pfande gegebene Sache verpfändet, gegebene Retentionsrechte nicht die Rede sein, da, wie gedacht, hier von einer wirklichen Verpfändung allenthalben nicht die Rede ist, vielmehr dieses Recht des Vermiethers kraft des Gesetzes und nicht durch Vertrag entsteht, und sich nicht einmal vermuthen läßt, daß der Miethsmann die bereits verpfändete Sache anderweit dem Vermiether würde verpfändet haben, eine Rücksicht, die, wenn sie auch, streng genommen, bei den stillschweigenden Hypotheken nur ihre volle Geltung sich verschaffen kann, doch auch hier nicht ganz außer Acht gelassen werden dürfte. — Wenn nun auch der Besitzer des von dem Pfandschuldner contractwidrig veräußerten Pfandes, welches dem letzteren von dem Pfandgläubiger nur interimistisch in Folge eines besonderen Vertrags zurückgegeben worden war, mit der hypothekarischen Klage in Anspruch genommen werden kann, gleichviel ob die Sache dem neuen Besitzer anderweit verpfändet oder gar als Eigenthum überlassen worden war, so ist doch die Verpfändung einer bereits speciell verpfändeten Sache insoweit giltig, als die Forderung des ersten Gläubigers gedeckt ist [46]),

---

die Stellionatsklage und selbst die Diebstahlsklage gegen den Verpfänder auf das Interesse zu, was dieser aber durch Bestellung eines anderen Pfandes vermeiden kann. (D. de P. A. fr. 1. § 2. fr. 9. pr. — de fidej. fr. 54.)

46) D. de p. a. fr. 36. § 1.

und es kann daher auch, wenn der Erlös der von dem Miethsmanne inferirten Sachen ausreichend ist, der Vermiether an denselben, nach vorgängiger Befriedigung des ersten Pfandgläubigers, sein Recht ebenfalls geltend machen.

Der Locator kann die Execution in die Mobilien des Miethsmannes auf Antrag eines anderen Gläubigers nicht durch das Berufen auf sein Recht verhindern [47]), da ein solcher Widerspruch nicht einmal den Hypothekariern gegen die Subhastation des ihnen verpfändeten Grundstücks auf Antrag eines Chirographariers zusteht. Um aber die Rechte derselben, die bei einer gänzlichen Nichtbeachtung durch die Subhastation erlöschen würden, sicher zu stellen, hat die Executionsordnung verordnet [48]): „mit Auszahlung des (von dem Ersteher eines Grundstücks eingezahlten) Kaufgeldes an den Gläubiger ist anzustehen, wenn die dem Gericht bekannten hypothekarischen Forderungen, deren dingliche Rechte durch die Subhastation erlöschen, in ihren Rechten verletzt werden würden." Es ist kein Grund vorhanden, diese Bestimmungen nicht auch auf die Execution in bereits verpfändete Mobilien auszudehnen [49]), nur wird es allerdings eines ausdrücklichen Antrags Seiten des Locators hierzu bedürfen [50]). Das besondere Recht des Locators muß hier bei einer Concurrenz mit anderen Gläubigern auch außerhalb des Concurses respectirt werden, da es sonst zum bloßen Scheine herabsinken und den größten Theil seiner Wichtigkeit verlieren würde. Es handelt sich hier um Befriedigung der von dem Locator geltend gemachten Forderung, und es tritt daher das gesetzliche Vorzugsrecht hier dergestalt ein, daß er vor dem Chirographier, der die Execution ausgebracht hat, aus dem Erlöse insoweit zu befriedigen ist, als seine Klage auf den Miethzins bereits actio nata ist. Daß daher eine datio in solutum an den klagenden

---

47) Vgl. auch Entscheidung des Stadtg. zu Leipzig in S. Dr. B. ÷ S. S. u. M. M. (Kind, Sammlg. auserles. Rechtssprüche. Thl. II. N. 16. S. 45.)

48) § 41. — Vgl. hierüber Roux, in der Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. I. S. 519.

49) Beck, Executionsgesetz.

50) Dieß scheint auch die Ansicht Hermann's, d. Miethvertrag, § 118. (S. 166.) zu sein.

Chirographier, so weit dadurch das Recht des Locators verletzt wird, unstatthaft ist, versteht sich von selbst.

Ueberhaupt also ergiebt sich: das Retentionsrecht des Locators hat einige der dem Faustpfandrechte in den Gesetzen beigelegten Wirkungen, keineswegs aber läßt dasselbe — wie schon gegen eine solche Annahme das bestimmte und allgemeine Verbot von Generalhypotheken an rebus mobilibus sowohl als immobilibus in der E. P. O. ad T. XLIV. § 1. sprechen würde — sich dem Pfandrechte völlig gleichstellen. Blos dann, wenn das Recht des Locators auf Befriedigung wegen seiner Forderung an den Miethsmann aus dessen Sachen in Frage kommt, ist dasselbe in mehreren Beziehungen einem Faustpfande gleichgestellt worden; dagegen stehen diejenigen Rechtsmittel, welche dem Faustpfandgläubiger auf Schützung und Wiederherstellung des Pfandbesitzes gegeben sind, und das Veräußerungsrecht der verpfändeten Sache keineswegs dem Locator zu.

Eben deßhalb aber, weil das Recht des Locators an den inferirten Sachen nur als ein eventuelles Recht, welches nur in gewissen Beziehungen und unter gewissen Bedingungen einem Specialpfandrechte und dem damit verbundenen Rechte, die Sachen zurückzubehalten, gleichgestellt ist, angesehen werden kann, kann zwar auch im Allgemeinen dem Conductor das Recht nicht versagt werden, nach wie vor über die inferirten Sachen zu disponiren, solche zu veräußern und sie dem Anspruche des Locators durch Exportation zu entziehen [51]); allein es kann dieses Recht nur unter den nothwendigen Modificationen dem Conductor zugestanden werden, ohne welche das Recht des Locators zum bloßen Scheine herabsinken und der bloßen Willkür seines Schuldners preisgegeben sein würde. Daran hat man nicht gezweifelt und läßt sich auch bei den klaren Quellenzeugnissen nicht zweifeln, daß der Locator nach Ablauf der Miethszeit oder überhaupt, wenn der Miethsmann das Logis verlassen will, wegen des nicht bezahlten Miethszinses die Exportation der

---

51) „so in solchem abgemietheten Gute befunden werden." A. P. O. XLV. § 6. „so lange solche in dem verpachteten Gute annoch vorhanden sind." E. P. O. ad h. t. § 4.

Sachen hindern darf. Dasselbe Recht muß man aber auch ihm während der Miethszeit selbst — wenigstens stets quoad summam concurrentem — dann gewähren, wenn ihm bereits eine bestimmte Forderung an den Miethsmann zusteht, z. B. ein Zinstermin abgelaufen ist. Das Recht des Locators haftet nicht an der Person des Miethsmannes, ihn kann er nicht zurückhalten, sondern an dessen Sachen; es kann daher auch nicht darin ein Unterschied gefunden werden, daß der Miethsmann das Logis verlassen will oder nicht; — dieser Umstand ist völlig einflußlos. Das Recht auf die Sachen entsteht nicht erst im Augenblicke des Ausziehens, sondern sobald die Forderung fällig ist, und es muß daher dem Locator das Recht zugesprochen werden, jeder Exportation der Sachen zu widersprechen, dafern durch jene eine solche Anzahl derselben seinem Rechte entzogen werden sollte, daß dieses letztere selbst gefährdet ist [52]). Wenn ferner mit einer Veräußerung der Sachen zugleich — wie es gewöhnlich der Fall sein wird — eine Exportation derselben verbunden ist, so leiden die so eben aufgestellten Grundsätze ebenfalls Anwendung, und der Acquirent kann sein persönliches Recht auf Uebergabe der Sache dem Locator gegenüber nicht geltend machen. Ist aber eine Exportation nicht zugleich mit der Veräußerung verbunden, verkauft z. B. der Miethsmann die Sachen an ein Mitglied seiner Familie, so daß der Vermiether die Uebergabe an letzteres kaum zu hindern vermag, so wird ihm doch das Recht zugestanden werden müssen, diese Veräußerung, insoweit durch dieselbe sein Recht verletzt worden, gleichviel übrigens, ob

---

52) Nur läßt sich nicht behaupten — wie Hermann, d. Miethvertrag. § 120. S. 168, annimmt — daß, wenn der conductor gegen das Verbot des Locators die Illata exportire, er ein spolium begehe. Ebenso wenig läßt sich mit demselben behaupten, daß, wenn der Vermiether zur Sicherstellung seines Retentionsrechts sich von der Obrigkeit die Aufstellung einer s. g. Meubleswache auswirkt, nicht er, sondern der Abmiether die Kosten derselben tragen müsse, „weil sie zum Schutze des gesetzlichen Rechts diene und durch Handlungen des Miethsmannes, welche dieses Recht beeinträchtigen, veranlaßt worden sei.“ Denn Jeder hat die durch Sicherung seiner Rechte, gleichviel ob dieselben auf unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift beruhen oder nicht, erwachsenden Kosten selbst zu tragen.

hier eine Benachtheiligung desselben von den Contrahenten ausdrücklich beabsichtigt worden ist oder nicht, als nichtig anzufechten und zu verlangen, daß dem Adquirenten untersagt werde, vor Austrag der Sache die Mobilien selbst aus dem Hause zu entfernen [53]). Denn letzteren Falles würde auch die Klage auf Rescission von selbst wegfallen, da die Vorbedingung seines Rechts auf Befriedigung aus den invectis aufgehört hat, und ihm nur, nach Befinden, eine Schädenklage oder a. ex dolo zugestanden werden können.

Der, welcher dem Anderen den Gebrauch einer Wohnung unentgeltlich überläßt, ist nicht berechtigt, das dem locator zustehende Retentionsrecht an den inferirten Sachen auszuüben, um sich hierdurch wegen der zufällig entstandenen Verbindlichkeiten, z. B. bei unangemessener Benutzung und hierdurch herbeigeführter Verschlechterung der Wohnung des Inwohners, gegen ihn zu decken. Denn eines Theils ist kein Miethsvertrag vorhanden, und sonach auch nicht das in den Gesetzen gegebene Retentionsrecht mit seiner besonderen Wirkung, anderen Theils läßt sich sogar in diesem Falle überhaupt kein Retentionsrecht annehmen, da eine Connexität zwischen der Forderung und den inferirten Sachen [welche im Falle eines Miethvertrags auch nur eben in Folge ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift geschaffen worden [54])] gar nicht vorhanden, selbst wenn der Hausbesitzer in den Besitz der Sachen gelangt wäre, der auch in jenem Falle sich nur auf Fiction gründet, — dafern nicht eben durch die Sache, in deren Besitz der Hausbesitzer gelangt ist [55]), ihm der fragliche Schaden zugefügt worden ist, in welchem Falle (nach allgemeinen Grundsätzen) allerdings ein Retentionsrecht für den Hausbesitzer begründet wird. Allein es fragt sich überhaupt, ob dieses Recht des Vermiethers sich nur auf seine

---

53) Insoweit glaubt der Verf. dem Herrn Stdt.-G.-R. Hänsel in s. Ausg. v. Curtius, Handb. § 1085. not. c. (II. 3. S. 345) gegen die daselbst (vgl. auch Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verw. III. 5. S. 456) mitgetheilte Ansicht des Appellationsgerichts zu Leipzig beistimmen zu müssen.

54) S. oben S. 140.

55) Denn sonst wäre eine Art von Pfändung, die mit dem Retentionsrechte nichts gemein hat, vorhanden, durch welche wir erst in den Besitz gelangen.

Miethzinsforderung bezieht, oder aber, wie das Römische Recht bestimmt, alle diejenigen Ansprüche sichert, welche er mit der a. locati gegen den Miethsmann verfolgen kann. Ist nun allerdings in den Sächsischen Gesetzen diese Bestimmung des gemeinen Rechts nicht aufgehoben worden, so hat sich doch wohl die Praxis dafür entschieden, daß dieses Recht des Vermiethers nur wegen rückständigen Miethzinses, als der hauptsächlichen und unmittelbaren Forderung aus dem Vertrage, stattfindet [56]).

Wenn ferner nach der richtigeren Ansicht auch [57]) nicht blos dem Faustpfandgläubiger, sondern überhaupt jedem Pfandgläubiger, wenn er das Pfand besitzt, das in der Constitution Gordian's (C. VIII. 27. c. un.) gegebene Retentionsrecht, vermöge dessen er das Pfand auch für chirographarische Forderungen an den Pfandschuldner, selbst nach erfolgter Zahlung der Pfandschuld, zurückbehalten darf, zuzugestehen ist, so kann doch dieses Recht unserem Locator nicht gegeben und derselbe nicht als berechtigt angesehen werden, die inferirten Sachen z. B. wegen einer Darlehnsschuld zu retiniren. Denn das ihm durch specielle gesetzliche Vorschrift gegebene Recht kann nicht weiter, als das Gesetz ausdrücklich bezeichnet hat, ausgedehnt, und diejenigen Rechte des Pfandgläubigers, welche dem Vermiether hier zugestanden werden, nicht auf alle Rechte desselben und auf eine völlige Gleichstellung dieses speciellen Rechtsverhältnisses mit dem Pfandrechte erstreckt werden. Das Gesetz stellt das Recht des Vermiethers, „sich daran zu halten", wegen der aus dem Miethvertrage entstehenden Forderungen einem Pfandrechte an den Sachen selbst gleich, und es kann ihm das auch für nicht connexe Forderungen eingeführte Retentionsrecht des Pfandgläubigers, da das Retentionsrecht nicht auf diese vom Gesetze ausgedehnt worden, nicht zugestanden werden.

---

56) Berger, El. D. F. Tit. XLV. obs. 4. „soweit als der von dem Miethsmanne gewilligte Pachtzinß sich erstrecket." Kind, I. l.

57) Schenk, Retent. R. § 71. a. not. 2. S. 253, „si in possessione constitutus fueris", sagt die c. un. cit. Daß daher auch der Locator, wenn er in den Besitz der invecta gelangt ist, diese auch wegen chirographischer Forderungen nach Römischem Rechte retiniren dürfe, scheint kaum bezweifelt werden zu können.

Eine besondere Eigenheit zeigt sich noch bei der Cession der dem Vermiether gegebenen Rechte an einen Dritten. Der Pfandgläubiger ist der Regel nach berechtigt, das ihm eingeräumte Pfandrecht dergestalt an seinen Gläubiger weiter zu verpfänden, daß dieser den Besitz des Pfandes und, wenn auch das zwischen dem Verpfänder und ersten Schuldner intercedirende Obligationsverhältniß nicht mit übertragen werden kann, doch die hauptsächlichsten Rechte des Pfandgläubigers mit der Bestimmung ausüben darf, daß auch bei erfolgter Zahlung der ursprünglichen Schuld durch den ersten Schuldner — wenn auch dessen Schuld geringer sein sollte als die, für welche dem zweiten Gläubiger das Pfand subpignorirt worden — das Pfand zurückgegeben werden muß [58]). Ebenso kann auch das Retentionsrecht an einer Sache zugleich mit der Forderung, als deren Accessorium es erscheint, vererbt und titulo singulari auf den Anderen übertragen werden [59]). Dagegen kann die actio locati, wie wohl anzunehmen [60]), nicht dergestalt cedirt werden, daß der Cessionar den debitor cessus als seinen Miethsmann in Anspruch nehmen dürfte, da die mit Verbindlichkeiten gemischten Rechte nicht cessibel sind, und im Falle, daß das Haus zugleich an den Cessionar veräußert wird, der Locator dadurch das Befugniß auf den Cessionar übertragen würde, das Miethsgeld für eine Leistung zu fordern, die er, der Cedent, gar nicht mehr gewähren kann, mithin zugleich auch seine Verbindlichkeit auf den Cessionar übergehen müßte. Eine Cession der Miethzinsforderung aber ist, wenn sie auch ihren Grund in einem Rechtsverhältnisse hat, welches an und für sich der Uebertragung auf andere nicht fähig ist, statthaft, da diese Forderung nunmehr als eine reine, mit keiner Verpflichtung mehr verbundene und in das Vermögen des Berechtigten übergegangene sich herausstellt. — Was nun aber die Frage

---

58) D. de p. a. fr. 40. § 2. — C. VIII. 24. c. 1.

59) Schenk, S. 320 fgg.

60) Mühlenbruch, Cession. § 27. (S. 310 fgg. Ausg. 3.) — Die Stelle, auf welche sich Curtius § 1459. not. h. für die andere Ansicht bezieht, — D. XIX. 2. fr. 32. — spricht gerade gegen ihn.

anlangt, ob der Vermiether die ihm zuständige Forderung auf das noch rückständige oder auch noch laufende Miethgeld dergestalt auf den Anderen übertragen könne, daß dieser das dem Ersteren gegebene Retentionsrecht, das seinen Wirkungen nach als Specialpfandrecht sich äußert, an den inferirten Sachen des Miethmannes mit erlange, so ist diese Frage wohl, trotz der so eben angegebenen allgemeinen Beziehungen über Cessibilität von Miethzinsforderungen, Pfand- und Retentionsrechte, zu verneinen. Eines Theils deßhalb, weil das Gesetz selbst dieses Recht dem locator als solchem zur Sicherung seiner Forderung gegen den conductor gegeben, nun aber der Cessionar dem Miethsmanne, wenn gleich diesem alle aus dem mit dem Cedenten abgeschlossenen Miethsvertrage herrührenden Einreden auch gegen den Cessionar zustehen, nicht als locator, sondern nur als Inhaber einer dem locator zugestandenen Forderung gegenübertritt, anderen Theils, weil von Uebertragung eines Retentionsrechts nur dann die Rede sein kann, wenn bei Cession der Forderung dem Cessionar zugleich der Besitz der retinirten Sachen eingeräumt wird, hier aber zwar von einem Besitze, aber nur fingirten und beschränkten die Rede ist, dessen Grundlage und nothwendige Vorbedingung zugleich der Besitz des Hauses ist. Selbst aber, wenn an den Cessionar das Haus zugleich veräußert, und daher insofern die gesetzliche Bedingung des Besitzes der von dem Miethsmanne inferirten Sachen eintreten würde, so würde er doch, wie gedacht, durch Cession der Forderung und Acquisition des Hauses allein zu dem Miethsmanne noch nicht zugleich in das Verhältniß eines Locators treten, und also ex jure cesso zur Retention nicht berechtigt sein [61]).

Dagegen ist kein Grund vorhanden, dem Verpachter eines praedii rustici dieses gesetzliche Retentionsrecht ebenfalls an den invectis illatis seines Pachters einzuräumen, wie auch in der A. P. O. die hierher bezügliche tacita hypotheca mit Recht nur den Vermiethern eines „Hauses, Gemaches, Kellers, Ge-

---

61) A. M. ist ohne Angabe von Gründen Hermann, d. Miethvertrag. (Dresden, 1840.) § 117. S. 164.

wölbes oder dergleichen" zugestanden wird [62]), und in den Worten: „fructibus natis" oder „rebus illatis", nicht auf eine Verschiedenheit der Sachen, an denen sich ein Locator erholen könne, hingedeutet als vielmehr beabsichtigt ward, beide Fälle — die loc. cond. praedii urbani und rustici — zu umfassen, und eine weitere Abänderung des gemeinen Rechts, als die Substitution des Retentionsrechts an die Stelle der stillschweigenden Hypothek, schwerlich beabsichtigt worden ist.

Ebenso gilt noch die Regel des gemeinen Rechts, daß die Sachen nicht blos zu einem vorübergehenden Zwecke in die abgemiethete Wohnung inferirt sind, und daß sie dem Miethsmanne eigenthümlich gehören [63]). Es bedarf jedoch, so viel das Erstere anlangt, dieser Absicht nur bei der Illation, — ein nachher gefaßter Entschluß, die oder jene Sache wieder fortzuschaffen, kann nicht berücksichtigt und das durch die Illation entstehende eventuelle Recht des Locators nicht hierdurch beeinträchtigt werden [64]). Derselbe hat übrigens die Vermuthung

---

62) Hänsel führt in s. Ausg. v. Curtius, Handb. § 1085. not. b. 3. S. 342, an, daß, wenn man in Bezug auf die Frage, ob bei dem praedium rusticum nicht auch an den invectis illatis dem Locator eine stillschweig. Hypothek einzuräumen, im gemeinen Rechte zweifelhaft sei, wenigstens heutzutage die invecta illata mit hafteten. Allein Overbeck, Meißner, Sintenis, die dafür angeführt werden, reden hiervon kein Wort, und letzterer verwirft ausdrücklich diese von Gesterding und Mevius vertheidigte Ansicht. Man braucht die streitige const. 5. C. de loc. nicht mit Weber, Vers. üb. d. Civilr. II. 1. von einem pignus voluntarium tacite constitutum zu erklären, sondern muß sie vielmehr mit Glück, XVIII. S. 444. 305. Meißner, § 72. Kritz, Pand. Recht. I. 2. S. 260. Sintenis, § 33. S. 296. von einem pignus expresse constitutum verstehen. Gegen die Weber'sche Erklärung spricht aber nicht, wie Hänsel angiebt, daß die tacita conventio schon im Allgemeinen als Grund des dem locator zustehenden Pfandrechts angenommen werde, da jene tacita conventio den Beweis des Gegentheils, wie bei den stillschweig. Hypotheken, nicht ausschließt. — Im Uebrigen ist sonach auch für Sachsen jene Vorschrift wegen des Rechts an den invectis illatis nur auf die nicht mit einer Feldwirthschaft verbundenen Gebäude zu beziehen. Vgl. Kritz, I. 2. S. 254.

63) A. P. O. XLV. § 6. — Die erstere Bedingung ist nicht aufgehoben worden und rechtfertigt sich von selbst.

64) Lauterbach, Coll. th. pr.

für sich, daß die Sachen, ut ibi essent, inferirt worden sind, und liegt dem Conductor, wenn er diese Qualität bestreitet, ob, das Gegentheil zu beweisen [65]).

Uebrigens kann der Vermiether von dem Retentionsrechte dann natürlich nicht Gebrauch machen, wenn die Forderung, welche durch die Retention gedeckt werden soll, auf irgend eine Weise erloschen ist, wie z. B. durch Compensation [66]).

Der Verf. fügt schließlich aus zwei Rechtssachen, in welchen die Frage über das Retentionsrecht des Locators ebenfalls zur Entscheidung gelangte, folgende Extracte aus den gesprochenen Erkenntnissen bei:

I. Kalkreuth's Concurs. J. A. Dresden. —

A. Entscheidungen des Appellationsgerichts zu Dresden:

1) Da das Retentionsrecht des Vermiethers im Concurse in seinen Wirkungen einem Specialpfandrechte gleichgestellt ist, Reinhardt D. d. Gl. § 159. und die Vorschrift der Erl. P. O. ad T. XLI. § 6. ad T. XLII. § 8. ad Tit. XLVI. § 3. über priorität. Location der Zinsen, ob wohl ursprünglich nur auf ausdrückliche Hypotheken sich beziehend, doch vom Gerichtsbrauche auf die stillschweigenden Hypotheken ausgedehnt und ohne Rücksicht auf die Qualität der Hauptstämme sowohl auf Verzugszinsen, als auf Vertragszinsen angewendet wird, Reinhardt a. a. O. § 163. S. 202. so rel.

2) Wenn nun zwar das dem Vermiether wegen des rückständigen Miethzinses an den Mobilien des Miethmannes zustehende Retentionsrecht zu den ausdrücklichen Pfandrechten auf keine Weise gerechnet werden kann, so läßt sich doch vertheidigen, daß, da dieses Retentionsrecht in seinen Wirkungen im Concurse einem Specialpfandrechte gleichsteht, und da die Praxis dasjenige, was das Rescr. v. 14. Juni 1828 in Bezug auf die mit gerichtlichen Hypotheken versehenen Gläubiger verordnet, auf alle, sowohl stillschweigende, als ausdrückliche Hypotheken an-

---

Pand. XX. 2. § 95. Meißner, a. a. O. § 63. 3. S. 156.

65) Meißner, a. a. O. S. 157. A. M. ist Lauterbach, l. l. § 97. Vergl. aber überhaupt Schmidt, die gemischten Einreden. S. 55 fgg.

66) Schenk, Retent. R. § 94.

wendet, Gottschalk, Disc. for. III. cap. XX. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand den mit einem solchen Retentionsrechte versehenen Miethzinsforderungen ebenfalls zu Statten kommen muß ꝛc.

3) Die Gräfl. Moszynska'schen Erben, bis zum 27. October 1828 Eigenthümer des Hauses zu Dresden, in welchem der Gemeinschuldner seine Miethwohnung hatte, forderten im Edictaltermine durch ihren Bevollmächtigten, den Adv. P., der auch mit der Administration des Hauses beauftragt gewesen und später im Subhastationstermine das Haus erstanden hatte, 1576 Thlr. 12 Gr. —= rückständigen Miethzins auf die Zeit von Michaelis 1823 bis zum 17. October 1828 aus einem beigebrachten Miethscontracte v. 12. October 1820. Im Designationsurthel ist diese Forderung erst in der VII. (chirogr.) Classe locirt worden, wogegen die Liquidanten appellirt haben, mit dem Verlangen, daß die Forderung prioritätisch in der IV. Classe neben der eigenen Miethzinsforderung des Adv. P. von 287 Thlr. 12 Gr. —= locirt werde. Als Grund, weßhalb diese Forderung erst in der letzten Classe angesetzt worden, ist angegeben, daß durch die am 17. October 1828 erfolgte Subhastation der Besitz des Hauses, folglich auch der fingirte Pfandbesitz der inferirten Gegenstände aufgehört habe, und, wenn schon das Miethsverhältniß unter dem Ersteher fortgedauert, dieses dennoch als etwas blos Zufälliges, auf die Zeitverhältnisse der Vorbesitzer Einflußloses anzusehen, vielmehr diese Fortsetzung aus dem Gesichtspuncte eines von dem früheren unabhängigen neuen Miethvertrags zu betrachten sei. — Dieser Ansicht ist indessen vornehmlich unter den hier sich darbietenden besonderen Verhältnissen nicht beizupflichten gewesen. Insofern den Rechten nach ein Retentionsrecht nur an solchen Sachen denkbarer Weise ausgeübt werden kann, welche man wirklich besitzt, kann dem durch die C. P. O. XLV. § 4. den Locatoribus verliehenen jus retentionis in rebus illatis nur uneigentlich der Name eines solchen beigelegt werden, denn man kann nicht sagen, daß der Vermiether die invecta et illata des Miethmannes in seinen Besitz bekomme, da hier weder Uebergabe, noch Besitzergreifung stattfindet, Curtius, Handbuch. II. § 476. nota a.

Kind, Quaest. for. tom. IV. Cap. XXI. pag. 131. Cap. XXII. pg. 145 sqq. Vielmehr ist dasselbe einem wirklichen Pfandrechte gleichzuachten, und hat namentlich im Conc. alle Wirkungen eines solchen, Kind, Cap. XXII. laud. Die Dauer dieses Realrechts ist aber in dem angef. Gesetze an keine andere Bedingung geknüpft, als daran, daß die invecta und illata in dem vermietheten Grundstücke noch vorhanden sein müssen, und es kann dasselbe, genau betrachtet, nicht dadurch allein erlöschen, daß der Vermiether aufhört, Eigenthümer des vermietheten Hauses zu sein, da nirgends vorgeschrieben ist, daß jenes jus retentionis mit der Beendigung des Miethcontracts ebenfalls wegfalle, im Gegentheile gerade dann es erst seinen practischen Nutzen recht zu äußern pflegt. Da der Vermiether dadurch, daß er Eigenthümer des vermietheten Hauses ist, noch nicht Besitzer der invecta und illata des Abmiethers wird, so läßt sich folgerichtig auch nicht behaupten, daß er durch die Veräußerung des Hauses Besitzer der invecta und illata des Abmiethers zu sein aufhöre. Wollte man indessen, um den Begriff eines jus retentionis zu retten, weil das Gesetz nun einmal diese Benennung gebraucht, sich mit einer Fiction behelfen, als ob der Vermiether den Besitz der invecta und illata des Abmiethers erlange, so muß mindestens angenommen werden, daß der Veräußerung des vermietheten Hauses ungeachtet jener Besitz nicht aufgegeben werde [67]), wenn derselbe durch die nämliche Person ausgeübt worden ist, welche gegenwärtig besitzt und auch die Eigenschaft, in welcher diese Person bisher für den Vermiether den fingirten Besitz ausgeübt hat, bei derselben noch angetroffen wird, wie beides hier der Fall ist. Advocat P. war Bevollmächtigter der Moscynski'schen Erben und administrirte in dieser Eigenschaft deren Fonds, durch ihn erlangten

---

67) Daß das Recht des Locators, „sich an den inferirten Sachen loco pignoris" zu halten, und mithin auch alle die besonderen, dem Faustpfande nachgebildeten Rechte desselben im Concurse nur unter der Voraussetzung denkbar sind, daß der locator zugleich Besitzer des Hauses sei, in welchem der conductor wohnt, ist bereits oben gezeigt worden, und kann daher der Verf. den hier sub 3. mitgetheilten Ansichten nicht allenthalben beitreten.

und behaupteten diese Erben den Besitz, wenn man einen solchen fingiren will, an den invectis und illatis des Gemeinschuldners, und Bevollmächtigter der genannten Erben war und blieb er auch noch, nachdem er das Haus selbst gekauft hatte. Es hat derselbe auch in dieser Eigenschaft ebensowohl nach der Zeit das Retentionsrecht wegen dieses seinen Machtgebern von dem Gemeinschuldner schuldig verbliebenen Miethzinses geltend zu machen, ausdrücklich erklärt, wie schon früher und gleich bei der gerichtlichen Versiegelung des Mobiliars zu einer Zeit, wo das Haus noch den M. Erben zugehörte, der Vorbehalt des Retentionsrechts an den Mobilien des Gr. v. Kalkreuth durch den deßhalb in Auftrag handelnden Sch.... bestimmt ausgesprochen worden ist.

B. Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts:

1) Wenn Jemand in einem fremden Hause eine Wohnung gemiethet und Sachen in dieselbe inferirt, so ist es so gut, als wenn er letztere schon im Voraus zur Sicherstellung des Vermiethers rücksichtlich aller ihm aus dem Contracte erwachsenden Verbindlichkeiten speciell verpfändet hätte, und dieses Pfandrecht hat auch in dem nachher zu dessen Vermögen ausgebrochenen Concurse seine volle Geltung, insoweit jene Sachen beim Ausbruche des Creditwesens in der gemietheten Wohnung noch vorhanden gewesen. **E. P. O. ad Tit. 45. § 1. Kind, Qu. for. IV. p. 145 sqq.**

2) Haftete das Pfandrecht bereits auf dem Gegenstande eines Vindications- oder Separationsanspruchs, ehe der Vindicant oder Separant solchen erwarb, so kann derselbe sich nicht entbrechen, diesen Pfandnexus anzuerkennen.

Gmelin, Ordnung der Gläubiger. § 56.

Kori, System des Concursprocesses. **pg. 132. ed. II.**

II. Erkenntniß des Ober-Appell.-Gerichts in S. Berger's ÷ Winter 1840.

Aus der Natur der Sache geht hervor, daß der Ausdruck: „Retentionsrecht", hierbei nicht im eigentl. rechtl. S. des Wortes gebraucht worden ist, da der Vermiether sich nicht im wirklichen Besitze jener Sachen befindet. Der Zusammenhang und

besonders die Bestimmung: „daß sich der Vermiether, so lange die Sachen in dem verpachteten Gute annoch vorhanden, daran loco pignoris halten könne", deuten vielmehr genügend an, daß die Absicht des Gesetzgebers dahin ging, dem Vermiether ein dem Faustpfande seiner Wirkung nach gleiches Recht an den fraglichen Gegenständen zu gewähren, und hierbei die Thatsache, daß die Sachen in dem Grundstücke vorhanden wären, der wirklichen Uebergabe, welche zu Begründung des Pfandrechts an Mobilien nach Vorschrift der Erl. Proc. Ordn. ad Tit. XLIV. § 2. unumgänglich erforderlich ist, gleichzustellen. Das gesetzliche Retentionsrecht wird daher auch an einem anderen Orte mit dem Ausdrucke: „Quasi pignus", bezeichnet,

Rescript vom 26. Juli 1764. (C. I. C. A. I. p. 411.)

und es steht dem Vermiether aus den eben entwickelten Gründen nach Ausbruch eines Concurses vermöge desselben ebenfalls ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse zu.

Cfr. Kind, qu. for. T. IV. cap. XXII. p. 149.

Hieraus folgt, daß nach den gegenwärtig in Sachsen bestehenden gesetzlichen Bestimmungen das durch die Illation begründete Retentionsrecht an den dem Abmiether eigenthümlich zugehörig gewesenen Sachen durch deren Veräußerung, wenn solche mit Fortschaffung derselben aus der ermietheten Wohnung nicht verbunden ist, keineswegs aufgehoben wird.

X.

Ueber das Recht des Auszüglers, seine erwachsenen Kinder in die abgesonderte Auszugswohnung mit aufzunehmen.

Das D.-A.-G. hat in der Bekanntmachung, einige Rechtssätze in Beziehung auf den Auszug betreffend, unter N. 14. die Ansicht ausgesprochen, daß die Auszugsperson, wenn derselben eine besondere Auszugswohnung zusteht, ihre eigenen Kinder, auch die aus einer erst nach Abschluß des Auszugscontracts geschlossenen Ehe, so wie die etwa zugebrachten Kinder ihres Ehegattens, und zwar alle diese Kinder, so lange dieselben sich nicht durch Verehelichung oder durch Anstellung eigener Wirthschaft von ihr getrennt haben, in ihre gedachte Auszugswohnung aufzunehmen und darinnen, so lange ihr eigenes Recht dauert, zu behalten berechtigt sei, so wie unter N. 16., daß eine Person, welcher eine abgesonderte Auszugswohnung vorbehalten ist, eine Person in solche zu ihrer nöthigen Wartung und Pflege aufnehmen kann.

Darnach kann es dem Auszugsberechtigten nicht verwehrt werden, seine noch unerzogenen Kinder in die Auszugswohnung mit aufzunehmen, und ein gleiches Recht steht ihm mithin selbst dann zu, wenn seine Kinder zwar erwachsen sind und das älterliche Haus verlassen haben, die Trennung von demselben aber weder mit Verehelichung noch Anstellung eigener Wirthschaft verbunden war. Hierbei fragt sich aber, ob dieses Recht des Auszugspflichtigen, dem Auszügler in den letzteren Fällen die Aufnahme seiner Kinder in die Auszugswohnung zu versagen, nur auf die Dauer jener Trennung zu beschränken oder aber es genügend sei, daß sich das Kind verehelicht oder eine eigene Wirthschaft angestellt hat, gleichviel ob dieses Verhältniß später-

hin sich gelöst hat. Die angezogenen Worte der Bekanntmachung: „so lange sie sich nicht getrennt haben, — aufzunehmen und zu behalten", sind nicht zweifellos.

Es liegt jener Ansicht der — allerdings nicht zweifellose — Satz zum Grunde, daß die Willkür des Auszüglers in Betreff der Aufnahme dritter Personen in seine Auszugswohnung möglichst beschränkt und in der unbeschränkten Willkür eine große Belästigung des Auszugsverpflichteten gefunden werden müsse. Deßhalb scheint angenommen werden zu müssen, daß, sobald die patria potestas bei den Kindern gelöst ist, denselben für immer die Rückkehr in die Auszugswohnung versagt werden müsse.

Allein dieß dürfte kaum zu billigen sein. So wie man nach den klaren Worten der obigen Bekanntmachung nicht zweifeln kann, daß die (erwachsene) Tochter, welche in Dienst gegangen ist und die Aeltern verlassen hat, nach Auflösung des Dienstverhältnisses in die Auszugswohnung zurückkehren darf, da jene Trennung nur vorübergehend war und sie selbst in der älterlichen Gewalt verblieb, so ist es auch gegen die Natur, einer Tochter die Rückkehr zu verweigern, deren Ehe getrennt worden ist, ohne daß sie hinreichende Subsistenzmittel, ja vielleicht die erforderlichen körperlichen Kräfte besitzt, sich selbst ausreichend mit dem zum Leben Erforderlichen versorgen zu können. Die Rücksicht auf die Belästigung des Auszugsverpflichteten muß dann zurücktreten, wenn sie mit der Natur und der gewöhnlichsten Billigkeit in Streit geräth. Der Verf. würde daher den obigen Satz dahin interpretiren: „auf so lange dieselben sich nicht durch Verehelichung oder Anstellung eigener Wirthschaft von der Auszugsperson getrennt haben oder doch nicht im Stande sind, sich selbst ihren Unterhalt zu verdienen." Die Kinder, welche nicht mehr zu den unerzogenen gehören, sind deßhalb noch nicht immer fähig, ihr Brod selbst zu verdienen, und es erscheint in diesen Fällen hart, sie von dem älterlichen Hause fern zu halten und den öffentlichen Anstalten zu überweisen.

Es dürfte interessant sein, hierüber zwei Entscheidungen des O.-A.-Gerichts in dem Jahre 1836 in einem Falle kennen zu

lernen, wo eine Auszugsverpflichtete gegen ihre Auszüglerin und deren erwachsene Tochter deßhalb, weil letztere von der Auszüglerin Behufs ihrer (der Auszüglerin) Pflege und Wartung in ihre abgesonderte Auszugswohnung aufgenommen worden war, Klage erhob und auf Exmission der Mitbeklagten (der Tochter) antrug. Die Tochter war übrigens von ihrem Ehemanne von Tisch und Bette geschieden, und in dem Gute selbst, wo ihre Mutter Auszüglerin war, geboren worden.

Die Facultät erkannte: „— Dieweil einem Auszugsberechtigten, dafern er nur nicht blos das Local des Eigenthümers zur Mitbenutzung, sondern besondere Behältnisse zur ausschließlichen Wohnung innehat, nicht verwehrt werden mag, Familienglieder mit in seine Auszugswohnung aufzunehmen, nun aber die Klägerin zugestehen müssen, daß der Beklagten als Auszüglerin in ihrem, der Klägerin, Hause gewisse Behältnisse ausschließlich angewiesen worden, hiernächst die Mitbeklagte, welche Beklagte aufgenommen, von der Klägerin selbst in ihren Eingaben als Tochter der Beklagten bezeichnet wird, so hat der Klägerin Suchen auf Exmission der Mitbeklagten aus der Beklagten Auszugswohnung nicht statt." — Das A.-G. zu Dr. bestätigte dieses Urtheil aus vorigen Gründen. — Das O.-A.-G. reformirte dagegen auf eingewandte Berufung, erachtete die Klägerin zur Exmission der Mitbeklagten befugt und ertheilte hierzu folgende Entscheidungsgründe:

Bei der Beurtheilung der unter Personen des Bauerstandes vorbehaltenen Auszugsbefugnisse sind vor Allem die deßhalb eingegangenen Contracte in's Auge zu fassen, und bei deren Auslegung unter Beachtung der bäuerlichen Verhältnisse, besonders auf der einen Seite die präsumtive Sorge für das eigene, allerdings nach Befinden mit nach der Qualität der Nahrungen zu bemessende Bedürfniß des Auszüglers und nach Umständen derer, welche derselbe zu erhalten verpflichtet ist, aber auch auf der anderen Seite nicht allein das Bestehen des belasteten Erwerbs, sondern auch die für die Absicht der geringsten Beschwerung des Eigenthums sprechende Vermuthung zu berücksichtigen.

Nach diesen aus der Natur der Sache hervorgehenden rechtlichen Grundsätzen kann es zwar einem Auszügler, der eine

eigene Auszugswohnung hat, wenn demselben nicht besondere Contractsverhältnisse entgegenstehen, in der Regel nicht verwehrt sein, sobald körperliche Umstände irgend einer Art ihm die Pflege und Hilfsleistung einer anderen Person nothwendig machen, eine dergleichen zu sich in seine Auszugswohnung, insofern deren Raum es gestattet, und um so mehr alsdann aufzunehmen, wenn nicht etwa über die Pflege und Wartung des Auszüglers durch den Besitzer des belasteten Grundstücks selbst oder sonst etwas festgesetzt ist. Dahingegen kann man nicht annehmen, daß die Absicht der Contrahenten dahin gegangen sei, daß dem Auszügler freistehen solle, ohne ein Bedürfniß der gedachten Art selbst gegen den Willen des Beschwerten eine andere und fremde Person mit in seine Wohnung aufzunehmen, als wodurch die Belästigung stets als vergrößert sich darstellen müßte.

Es wird zwar einem Vater oder einer Mutter, welchen eine abgesonderte Auszugswohnung vorbehalten worden, zumal wenn solcher Vorbehalt von denselben selbst als Verkäufern geschehen ist, in der Regel nicht versagt werden können, ihre unerzogenen, zur Erwerbung ihres eigenen Unterhalts noch nicht fähigen oder sogar noch der mütterlichen Pflege bedürftigen Kinder, welchen sie Unterhalt, Erziehung und Pflege schuldig sind, in ihre Auszugswohnung der gedachten Art mit aufzunehmen und darinnen bis zur Aenderung der gedachten Verhältnisse bei sich zu behalten, allein auf bereits erwachsene, zum Erwerbe ihres eigenen Unterhalts geeignete und zumal bei Eingehung des Contracts bereits versorgte Kinder kann ein solches Befugniß einer Auszugsperson keineswegs erstreckt und eine Präsumtion für die Bewilligung Seiten des Belasteten nicht angenommen werden."

Auf Berufung der Beklagten conformirte der dritte Senat des O.-A.-Ger. die sententia a qua, jedoch mit der Erläuterung, daß es der Beklagten unbenommen bleibe, dafern ihre Gesundheitszustände die Pflege und Wartung durch eine andere Person nothwendig machen, und sie dieß gehörig bescheinigen könne, wegen Aufnahme einer solchen oder auch der Mitbeklagten in ihre Auszugswohnung in erster Instanz geeignete Anträge zu stellen. — Entscheidungsgründe: Wenn auch die Theil-

nahme an der besonderen Auszugswohnung den Aeltern derjenigen Kinder nicht zu versagen ist, welche noch unerzogen sind, so kann dieß doch nicht auf solche Kinder ausgedehnt werden, die bereits selbstständig ihren Unterhalt verdienen können. Denn nicht allein, daß im Zweifel der Umfang eines eingeräumten Befugnisses nach den Verhältnissen, welche zur Zeit der Einräumung dieses Rechts bestanden, bestimmt werden muß,

fr. 38. pr. D. XLVI. 3.

so fällt auch im letzteren Falle der Grund hinweg, welcher dem Auszugsberechtigten die Verbindlichkeit auferlegt, den unversorgten Kindern den Mitaufenthalt in der betreffenden Auszugswohnung zu gestatten, nämlich die Verpflichtung der Adscendenten zur Ernährung und Erziehung der Descendenten. Und wenn auch der Auszugsberechtigte, wenn er später wieder heirathet, berechtigt ist, den Gatten in die Auszugswohnung mit aufzunehmen, so tritt in diesem keineswegs unbestrittenen Falle ein Anspruch an die Person des Auszüglers hervor, der den Grund der Theilnahme am Auszuge abgiebt."

XI.

Erörterung einiger auf Artikel 241. und 242. des Königl. Sächs. Criminalgesetzbuchs Bezug habender Controversen.

§ 1.

Daß nicht die Absicht — der Wille — ein Verbrechen zu begehen, criminalrechtlich strafbar ist, sondern lediglich die in verbrecherischer Absicht unternommene Thathandlung, ist als längst ausgemacht zu betrachten [1]).

Dessenungeachtet scheint bei dem Verbrechen der Veruntrauung, und zum Theil auch bei der Vorenthaltung des Gefundenen, dem sogenannten Funddiebstahle, die Strafe schon wegen der verbrecherischen Absicht allein einzutreten.

Veruntrauung begeht nach Art. 242. des Sächs. Criminalgesetzbuchs derjenige, welcher eine fremde bewegliche Sache in seinem Besitze oder Gewahrsam, oder zu verwalten hat, und irgend eine Handlung vornimmt, woraus die rechtswidrige Aneignung der Sache entweder an sich, oder nach den übernommenen besonderen Verpflichtungen sich ergiebt. Desgleichen macht sich nach Art. 241. der Finder einer verlorenen Sache einer strafbaren Vorenthaltung von gefundenem Gute unter Anderem dann schuldig, wenn er der gefundenen Sache sich anmaßt.

Sobald also Jemand erwiesener Maßen eine von ihm besessene fremde Sache eigenmächtig für sich und im eigenen Namen zu besitzen angefangen hat, so fällt er wegen dieser will-

---

1) Cf. l. 18. D. de poenis (48. 19.), l. 53. § 2. D. de verb. signif. (50. 16.), l. 225. D. eod. tit. Ueber die scheinbar entgegenstehenden l. 14. D. ad leg. Corn. de sicariis (48. 8.) und l. 5. Cod. ad leg. Jul. maj. (9. 8.), vgl. Glück, Erl. der Pand. Bd. I. Seite 62. Anmerk. 15. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

kürlich unternommenen Verwandlung der **causa possessionis** in die in den nurerwähnten Artikeln des Criminalgesetzb. festgesetzten Strafen. Allein, wenn schon die Strafbarkeit hier durch den veränderten **animus** bedingt wird, so ist es doch keineswegs die Absicht als solche, welche mit Strafe belegt wird, sondern vielmehr die, zwar nicht commissive, wohl aber omissive Besitzhandlung, nämlich das Ansichbehalten der gefundenen und das Innehaben der anvertrauten Sache, insoweit dieser Besitzhandlung nunmehr eine veränderte — verbrecherisch gewordene — Absicht unterliegt. Wäre freilich für den Artikel, welcher von der Veruntrauung handelt, die im Entwurfe (Art. 230.) enthaltene Fassung, nach welcher als Veruntreuer angesehen werden sollte [2]), „wer eine fremde bewegliche Sache in seinem Besitze, oder Gewahrsam, oder zu verwalten hat und irgend eine Handlung vornimmt, welche die Absicht zu erkennen giebt, eine solche Sache rechtswidrig sich zuzueignen", angenommen, oder wäre statt dessen die von der ersten Ständekammer vorgeschlagene Fassung beliebt worden, welche dahin lautete [3]): „Wer ꝛc. — und irgend eine Handlung vornimmt, aus welcher die Absicht einer rechtswidrigen Aneignung .... sich ergiebt" — dann allerdings würde schon die Absicht zu veruntrauen als mit Strafe belegt und dem vollendeten Verbrechen gleichgestellt erscheinen. Nach der Fassung hingegen, welche dem in Frage stehenden Artikel im Strafgesetzbuche, wie es nachmals Gesetzeskraft erlangt hat, gegeben ist, wird nicht die Absicht zu veruntreuen, sondern der **cum animo rem sibi habendi** bereits ausgeübte Besitz bestraft

§ 2.

So klar und zweifellos solches aber auch scheinen mag so haben sich dennoch in praxi hierunter Verwickelungen gezeigt. Beispielsweise sei folgenden Falles gedacht: Titius fand in Dresden auf offener Straße eine goldene Cylinderuhr mit

---

2) Landtagsacten. Abth. 1. Bd. 1. S. 55.

3) L. A. Beil. zu den Prot. der 2ten Kammer, Samml. 2. S. 843.

goldener Kette. Ein Bekannter von ihm, Sempronius, welcher gerade vorbeiging, als Titius sich nach der Uhr und Kette bückte, nahm die Auffindung dieser Gegenstände wahr. Einige Zeit nachher traf Titius mit dem Sempronius in einer Schänkwirthschaft zusammen. Hier entdeckte Ersterer dem Letzteren, er kenne in Berlin einen Hoflieferanten, diesem wolle er die gefundene Uhr nebst Kette verkaufen. Gleichzeitig versprach er dem Sempronius, wenn er über den Vorfall schweigen würde, 10 Thaler. Die Sache ward ruchbar und gegen den Titius mit der Untersuchung verfahren. Nach Beendigung derselben suchte der Vertheidiger, ein Rechtsgelehrter von anerkanntem Rufe, mit einem Aufwande von Gründen, welche deutlich beurkundeten, daß er nicht blos **studio defendendi**, sondern aus eigener Ueberzeugung spreche, darzulegen, es habe Titius durch die gegen Sempronius gethane Aeußerung, daß er die gefundenen Gegenstände zu verkaufen beabsichtige, und durch das demselben gegebene Versprechen eines Schweigegeldes blos so viel zu erkennen gegeben, daß er die gefundene Sache dem Eigenthümer derselben vorenthalten wolle, weßhalb er nach dem Grundsatze: „**poenam cogitationis nemo patitur**" straflos ausgehen müsse.

Hierbei befand sich der Vertheidiger offenbar insofern im Irrthume, als er diejenige Handlung, aus welcher auf das Verbrechen geschlossen wird, mit der Handlung verwechselte, welche das Verbrechen selbst ausmacht. Eine Thathandlung war in dem eben referirten Falle allerdings vorhanden, nämlich die Zurückhaltung der gefundenen Gegenstände von Seiten des Titius. Dieses factum nahm aber **eo ipso** die Qualität eines Verbrechens an, sobald der Finder damit den **animus** verband, diese Gegenstände als sein Eigenthum zurückzubehalten. Um diesen **animus** zu erkennen, bedurfte es aber keiner neuen Thathandlung, wie der Vertheidiger, in Uebereinstimmung mit Feuerbach [4]), annahm, sondern es mußte von der nämlichen

---

4) Lehrbuch d. peinlichen Rechts. § 317. sub 2.: „Wer die entwendete Sache selbst schon detinirt, vollendet erst dann die Entwendung, wenn er durch eine neue mit der Sache vorgenommene Thathandlung

Wirkung sein, wenn sich die fragliche Absicht durch Worte oder andere sichere Merkmale zu erkennen gab. Denn, daß Jemand durch seine Reden, so wie durch andere Indicien seine Willensmeinung ebenso bestimmt kund geben könne, als durch Thathandlungen, unterliegt nach allgemeinen Rechtsbegriffen keinem Zweifel. Hieraus folgt zugleich, daß, wenn in Art. 242. des Sächs. Cr. G. B. zur Veruntrauung eine „Handlung" erfordert wird, woraus sich die rechtswidrige Aneignung der Sache ergiebt, der Ausdruck: Handlung, in der angeführten Gesetzstelle in seiner weiteren Bedeutung zu nehmen ist, dergestalt, daß auch wörtliche Aeußerungen darunter mit begriffen sind [5]).

§ 3.

Es entsteht nun aber die Frage, welche Erfordernisse und Voraussetzungen vorhanden sein müssen, um auf eine rechtswidrige Aneignung der fremden Sache von Seiten des Detentors derselben einen begründeten Schluß ziehen zu können [6]).

Zuvörderst kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß das Wort Aneignung im Art. 242. des Cr. G. B.

äußerlich erklärt hat, dieselbe nicht mehr für den Anderen, sondern für sich selbst als Eigenthum besitzen zu wollen."

5) So gedenkt z. B. das Allg. bürgerl. Gesetzbuch für die Oesterreich. Monarchie, § 863., und das Allg. Landr. für die Preuß. Staaten, Th. 1. tit. IV. § 58., wo von der stillschweigenden Willenserklärung die Rede ist, blos der Handlungen. Dessenungeachtet dürfte bis jetzt noch Niemand bezweifelt haben, daß nach dem in jenen Staaten giltigen Rechte auch der aus Worten zu folgernden Willensäußerung rechtsverbindliche Kraft beizulegen sei.

6) Die Frage, aus welchen Handlungen zu folgern sei, daß sich Jemand einer Sache angemaßt, d. h. rücksichtlich derselben sich pro domino gerirt habe, ist auch civilrechtlich in mannigfacher Beziehung von Bedeutung; so namentlich in der Doctrin vom Kaufcontracte, insofern es sich um die stillschweigende Einwilligung zum Contractsabschlusse oder um Preisverminderung handelt; vergl. Car. Frid. Freiesleben, Diss. de except. quae merc. emt. opp. § 1. pag. 2 sq. (Lips. 1835), Treitschke, der Kaufcontract in bes. Beziehung auf den Waarenhandel, § 40.; desgleichen in der Lehre von der pro herede gestio.

nicht die bloße Ergreifung, apprehensio, der fremden Sache, sondern die wirkliche Zueigenmachung, appropriatio, derselben bezeichnet [7]). Dieß läßt sich um deßwillen nicht bezweifeln, weil das Verbrechen der Veruntrauung keineswegs durch widerrechtliche Besitzergreifung der fremden Sache, sondern vielmehr durch die eigenthümliche Anmaßung der — mit Fug und Rechte ergriffenen — Sache constituirt wird [8]). Aus demselben Grunde

---

7) Cf. Landtagsmittheil. S. 3916.

8) Hieraus erhellt zugleich, daß in dem Falle, wenn die unterschlagene Sache nicht von dem Eigenthümer selbst, sondern von einem Dritten, welcher sie detinirte, dem interversor übergeben worden ist, nicht der gewesene Detentor, sondern der Eigenthümer als laesus zu betrachten ist. Vielleicht dürfte es nicht als unwillkommen erscheinen, wenn in Nachstehendem dasjenige mitgetheilt wird, was das Königl. Sächs. Oberappellationsgericht unter dem 13. März 1840 hierüber in einem Falle geurtheilt hat, wo nicht Veruntrauung, sondern Diebstahl vorlag. Die Entscheidungsgründe zu dem betreffenden Erkenntnisse lauten wörtlich so:

„Hat ein Dieb die entwendete Sache nicht dem Eigenthümer selbst, sondern einem Anderen, welcher sie besaß, weggenommen, so entsteht die Frage: Wer ist eigentlich für den Bestohlenen zu halten — der Eigenthümer oder der gewesene Inhaber? — Da nach Art. 223. ein Haupterforderniß des Diebstahls darin besteht, daß der Wegnehmende die Absicht habe, die Sache sich zuzueignen, so folgt, daß man den Eigenthümer (nicht den bloßen Inhaber) für den Bestohlenen ansehen müsse. Denn der Dieb will nicht etwa in das Verhältniß des bloßen Inhabers, sondern in das des Eigenthümers treten; er will den Eigenthümer um sein Recht (das Eigenthum) bringen und dieses Recht für sich erlangen; er will also hauptsächlich den Eigenthümer verletzen und das Verbrechen gegen diesen begehen. Daß der Eigenthümer vielleicht Schadenersatz von dem Inhaber verlangen könne, — oft wird indessen auch dieses wegfallen, dann nämlich, wenn dem Inhaber gar keine, oder doch keine ausreichende Schuld, daß die Sache entwendet wurde, beizumessen ist, oder wenn derselbe nichts im Vermögen hat — ändert nichts an jenem Rechtssatze; die Entschädigung (welche übrigens auch vorkommen kann, wenn die Sache dem Eigenthümer selbst aus seinem Gewahrsam weggenommen wird, dabei aber einem Anderen etwas zur Last fällt, z. B. wenn der Andere, welchem es oblag, das Haus zu verschließen, dieß unterließ und dadurch den Diebstahl möglich machte) macht das Verbrechen, welches in der Entziehung des Eigenthums bestand, nicht ungeschehen, sie ist nur ein Ersatz des durch das bereits verübte Verbrechen erwachsenen Schadens. Hieraus ergiebt sich, daß, wenn der Dieb blos

kann auch unter „Anmaßung" im Sinne des 241sten Art. des Cr. G. B. lediglich eine derartige Verfügung über die gefundene Sache verstanden werden, aus welcher eine rechtswidrige Aneignung — Zueignung — derselben von Seiten des Finders folgt.

Daß aber Derjenige, welcher sich eine fremde Sache zueigenmacht, zugleich auch die Absicht hegt, den wahren Eigenthümer zu entsetzen, folgt aus der Ausschließlichkeit des Eigenthums [9]).

Was nun aber die im Eingange dieses §. aufgestellte Frage selbst anlangt, so ist zu bemerken, daß die Rechtslehrer Veruntrauung dann zu statuiren pflegen, wenn der Thäter, ohne von dem Berechtigten dazu ermächtigt zu sein, mit der Sache so gebahrt hat, als ob sie sein Eigenthum wäre [10]). Im Einlaut mit dieser Ansicht steht die Bemerkung zu Art 287. in Gross, Criminalgesetzb. für das Königr. Sachsen, S. 166, woselbst Folgendes gesagt ist:

„Der Unterschied der in diesem (dem 287sten) Artikel mit Strafe bedrohten Handlung von der Veruntrauung ist sehr leicht erkennbar [11]), sobald man den Gesichtspunkt festhält, daß die widerrechtliche Benutzung einer fremden Sache sich nur auf den Gebrauch derselben, und zwar auf den gewöhnlichen, der Beschaffenheit derselben angemessenen, beschränkt, nicht aber in eine, nur dem Eigenthümer zustehende Disposition über die Sache übergehen darf. So wird die in diesem Artikel angedrohte Strafe eintreten, wenn Jemand ein fremdes Pferd ohne Wissen

---

zu dem Inhaber der entwendeten Sachen in einem Verhältnisse stand, von welchem Art. 237. handelt, seine That nach Art. 223. zu beurtheilen sei, und daß Art. 237. nur dann zur Anwendung komme, wenn der verletzte Ehegatte, Verwandte, oder Schwager zugleich Eigenthümer und Inhaber, oder doch Eigenthümer des von dem Diebe Weggenommenen war."

9) Cf. Glück a. a. O. Bd. 8. S. 37 fg. sub 3.

10) Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft. § 511. 2te Aufl.

11) Dessenungeachtet ist dieser Unterschied schon in früher Zeit verkannt, und beide von einander zu trennende Verbrechen sind mehr oder weniger confundirt worden.

des Eigenthümers zu einem Spazirritte gebraucht; hat aber ein Handwerksmann einen ihm zur Reparatur übergebenen Gegenstand versetzt, so ist diese Handlung, ohne Rücksicht darauf, ob er sie nachher wieder eingelöst hat, eine wirkliche Veruntrauung."

Der in den zuletzt gedachten Worten ausgesprochenen Ansicht dürfte sich nun aber kaum beipflichten lassen. Setzt man z. B. den Fall: A., welcher eine Sache des B. detinirt, gewährt an derselben einem Dritten den ususfructus, ohne jedoch dem B. späterhin die Sache abzuleugnen, oder ihm dieselbe vorzuenthalten. Mit Unrecht würde man aus diesem factum den Schluß ziehen, daß A., unter Entsetzung des wahren Eigenthümers, sich die Sache angemaßt habe; wenigstens möchte sich in diesem Falle A. mit allem Grunde darüber beklagen, daß ihm eine Absicht abtorquirt wurde, die ihm in der Wirklichkeit nicht beigekommen. Und dennoch ist die Bestellung von Servituten ein Befugniß, welches an und für sich blos dem Eigenthümer zusteht [12]). Ebenso dürfte es sich nun aber auch mit der Verpfändung — Versetzung — einer fremden Sache durch den Detentor verhalten. Derjenige, welcher überhaupt eine Sache verpfändet, hat präsumtiv nicht die Absicht, die Sache auf den Pfandgläubiger eigenthümlich zu übertragen, — sie verfallen zu lassen; sondern dieselbe wieder einzulösen. Hätte er diese Absicht nicht, so würde er die Sache eben nicht verpfänden, sondern veräußern. Hiergegen läßt sich auch nicht einwenden, daß, wenn Jemand die verpfändete Sache verfallen läßt, derselbe Effect eintrete, als ob er sie veräußert habe, und daß es daher, wenn der Detentor einer fremden Sache dieselbe verpfändet, nur von ihm abhänge, ob er durch Nichtwiedereinlösung der Sache die Verpfändung in eine Veräußerung umwandeln wolle. Denn, wenn es sich fragt, ob eine gewisse Handlung als ein Verbrechen zu betrachten sei, oder nicht, so kann es nicht auf die Folgen, welche die fragliche Handlung

---

12) Cf. Curtius, Handbuch des im Königr. Sachsen geltenden Civilrechts. § 1024.

mit oder ohne Zuthun des Handelnden nach sich ziehen kann, sondern lediglich auf die der Handlung zum Grunde liegende Absicht ankommen.

War freilich dieselbe im Falle der Verpfändung einer fremden Sache gleich anfangs darauf gerichtet, die Sache nicht wieder einzulösen, so ist allerdings an dem Vorhandensein einer Veruntrauung nicht zu zweifeln. Denn dann ist die Verpfändung blos als ein verschleierter Verkauf zu betrachten. Ebenso würde auch darauf, daß ein in mißlichen Vermögensumständen sich befindender Inculpat, welcher das ihm Anvertraute verpfändet, um das geliehen erhaltene Geld zur Berichtigung dringender Schulden zu verwenden, die ihm zur Last fallende Thathandlung mit dem durch nichts begründeten Vorgeben zu entschuldigen versucht, wie er die Absicht, bei besseren Vermögensverhältnissen das Verpfändete wieder einlösen zu wollen, gehabt habe, kein rechtliches Absehen zu richten sein, indem unter solchen Umständen dem Inculpaten, wenn man auch nach Befinden selbigen der directen Absicht, dem Eigenthümer die ihm zuständige Sache zu entziehen, für schuldig zu erachten sich nicht veranlaßt finden sollte, dennoch jedenfalls ein **dolus indeterminatus** beizumessen sein würde.

Allein daraus, daß zuweilen specielle Umstände vorhanden sein können, aus welchen sich schließen läßt, daß der Verpfänder einer fremden Sache die Absicht gehabt habe, dieselbe nicht wieder einzulösen, läßt sich keineswegs die Regel ableiten, daß diese Absicht jederzeit bis zum Erweise des Gegentheils zu vermuthen sei. Weit eher würde sich aus dem vorher erwähnten Grunde eine Vermuthung für die gegentheilige Absicht aufstellen lassen, wenn man es nicht vorziehen will, weder das Eine, noch das Andere zu vermuthen.

Richtiger erscheint es daher, eine rechtswidrige Aneignung der anvertrauten oder gefundenen Sache durch den Detentor nur dann zu statuiren, wenn sich derselbe der eigentlichen Proprietätsrechte an der Sache, also derjenigen Befugnisse anmaßt, welche das Wesen, die Essentialien des Eigenthums ausmachen.

Die Befugnisse, eine Sache beliebig zu gebrauchen, zu verpfänden, zu vermiethen, Servituten daran zu bestellen u. s. w.

sind allerdings sämmtlich Rechte des Eigenthümers. Allein alle diese Befugnisse machen doch nur das Gebrauchsrecht des Eigenthümers, den sogenannten ususfructus causalis, aus. Sie lassen sich von dem Eigenthume getrennt denken, ohne den Begriff desselben aufzuheben. Uebt daher Jemand an einer fremden Sache das eine oder das andere dieser Befugnisse eigenmächtiger Weise aus, so läßt sich hieraus noch keineswegs die Folgerung ableiten, daß er sich die Proprietät der Sache angeeignet habe. Wenn daher nicht besondere Umstände concurriren, aus welchen hervorgeht, daß die Ausübung jener Befugnisse **cum animo rem sibi habendi** erfolgt sei, so liegt auch nicht das Verbrechen der Veruntrauung, sondern die im 287sten Artikel verpönte Handlung, nämlich widerrechtliche Benutzung einer fremden Sache, vor.

Maßt sich dagegen der Detentor der fremden Sache an derselben die wirklichen Proprietätsrechte an, sei es nun durch eine **mala f.** vorgenommene Confusion oder Specification, oder indem er die Sache dem zur Zurückforderung Berechtigten in der Absicht, sie ihm zu entziehen, ableugnet oder dieselbe verbraucht [13]), oder in seinem Namen verbrauchen läßt, oder trägt er diese Rechte auf einen Dritten über, indem er die Sache an ihn veräußert oder verschenkt [14]) oder zum Geschenk anbietet — dann liegt hierin allerdings die Absicht, den wahren Eigenthümer aus seinem Eigenthume zu entsetzen und sich dafür einzusetzen [15]).

---

13) Cf. Landtagsmittheilungen, Seite 901: „der Gebrauch einer Sache beurkundet keine Veruntrauung, wohl aber der Verbrauch."

14) l. 54. § 2. D. de furtis: — „Species enim lucri est, ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi adquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet."

15) Ebenso wird in der Regel auch dann die Absicht des Detinenten, die fremde Sache als Eigenthum zu behalten, anzunehmen sein, wenn derselbe seinen eigenen Stempel darauf bringt. Jedoch werden hierbei die concurrirenden Umstände sorgfältig in's Auge zu fassen sein. So soll es z. B. nach l. 14. § 1. D. de peric. et comm. rei vend. (18. 6.) als eine pro domino gestio gelten, wenn Jemand ihm überlieferte Balken bestempelt (signat), nicht aber, wenn er dasselbe mit Weinfässern vornimmt (l. 1. § 2. ibid.). Ueber

§ 4.

Wie nun aber, wenn der Detentor die ihm anvertraute Sache aus Bosheit oder Muthwillen vernichtet? Ist auch dann Veruntrauung anzunehmen, oder fällt diese Handlung unter die Bestimmung des Art. 288. von der Beschädigung und Zerstörung fremden Eigenthums?

Nimmt man bei Beurtheilung dieser Frage dasjenige zu Hilfe, was in den Sächsischen Ständekammern über den Begriff des Diebstahls verhandelt worden ist, so dürfte die Beantwortung obiger Frage verschieden ausfallen, je nachdem man der übereinstimmenden Ansicht der Staatsregierung und der ersten Kammer einer, oder der Meinung der zweiten Kammer anderer Seits zu huldigen geneigt ist. Die zweite Kammer war nämlich, gestützt auf die Autorität Mittermaier's [16]) und einiger anderer Rechtslehrer, welche zum Begriffe des Diebstahls nur die Absicht, auf eine nur dem Eigenthümer zustehende Weise über die Substanz der Sache zu verfügen, verlangen, des Dafürhaltens, daß derjenige, welcher eine Sache in der Absicht mit sich fortgenommen hat, um sie zu zerstören, als Dieb zu betrachten sei. Hieraus folgt wiederum, daß nach der Ansicht der zweiten Kammer derjenige, welcher eine Sache zerstört, sich unbedingt als Eigenthümer derselben gerirt [17]). Nun kann zwar nach der Fassung, welche dem 223sten Artikel in dem Criminalgesetzbuche, wie es promulgirt worden ist, gegeben ist, als Dieb nicht bestraft werden, welcher eine fremde Sache lediglich in der Absicht mit sich genommen hat, um dieselbe zu vernichten. Dieß hat seinen Grund darin, weil auf Antrag der Staatsregierung und der ersten Kammer hinter den Worten des Artikels: „Wer eine fremde bewegliche Sache an sich nimmt, um sich dieselbe zuzueignen", noch die Worte: „und dadurch sich oder Anderen einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen", eingeschaltet worden sind.

---

den Grund dieses Unterschiedes vergl. Freiesleben, diss. laud. § 1. not. 10. p. 4.

16) Not. III. zu § 319. des Feuerbach'schen Lehrb. des peinlichen Rechts. 13te Ausg.

17) Cf. Dep. Gutachten in den Mittheilungen. Seite 3914.

Bei dem Artikel von der Veruntrauung ist nun aber diese letztere Periode nicht eingeschaltet worden, vielmehr soll, nach Art. 242., unberücksichtigt der gewinnsüchtigen Absicht, als Veruntrauer überhaupt derjenige angesehen werden, wer eine Handlung vornimmt, woraus die rechtswidrige Aneignung der Sache sich ergiebt.

Hiernach müßte die Zerstörung einer anvertrauten Sache als Veruntrauung betrachtet werden — vorausgesetzt nämlich, daß die Ansicht der zweiten Kammer, wornach Jeder, welcher eine Sache zerstört, sich als Eigenthümer derselben gerirt, richtig ist. Diese Voraussetzung hat nun aber die erste Kammer sowohl, als die Staatsregierung bestritten [18]).

Und dieß wohl mit allem Recht! Zuvörderst läßt sich nämlich nicht zugeben, daß Jeder, welcher eine fremde Sache vernichtet, solches mit dem animus gethan habe, sich das Eigenthum der Sache anzumaßen. Diejenigen, welche solches behaupten, argumentiren folgendermaßen: Das Recht, eine Sache zu zerstören, steht blos dem Eigenthümer zu; nun ist aber von demjenigen, welcher sich ein Recht anmaßt, das blos dem Eigenthümer zukommt, anzunehmen, daß er sich das Eigenthum selbst angemaßt habe; mithin hat derjenige, welcher eine fremde Sache zerstört, sich dieselbe angeeignet. Diese Schlußfolgerung dürfte sich jedoch nur dann richtig gestalten, wenn man das Wort „anzunehmen" im Mittelsatze durch „vermuthen" interpretirt, welchenfalls der Schlußsatz dahin lautet: mithin ist von demjenigen, welcher eine fremde Sache zerstört, zu vermuthen, daß er solches in der Willensmeinung, sich dieselbe anzueignen, gethan habe. Denn, daß die Möglichkeit vorhanden sein kann, daß Jemand, obgleich er über eine fremde Sache gleichwie der Eigenthümer verfügt, dennoch solches nicht in der Willensmeinung gethan habe, sich das Eigenthum der Sache beizulegen, läßt sich mit Grund wohl nicht bestreiten. Ebenso dürfte nicht zu bestreiten sein, daß zuweilen besondere Umstände vorwalten können, welche diese Möglichkeit zur Gewißheit, oder — was in criminalrechtlicher Beziehung ebenfalls

---

18) Cf. Mittheilungen. Seite 5668.

schon von Bedeutung ist — wenigstens zur Wahrscheinlichkeit erheben. Ein solcher Umstand möchte aber wohl in dem Falle, wenn Jemand eine fremde Sache böswilliger oder muthwilliger Weise zerstört, darin liegen, daß nach dem Charakter, welcher die Handlung selbst bezeichnet, die Intention des Thäters nicht sowohl auf Sichzueigenmachung der Sache, als vielmehr darauf gerichtet ist, dem Eigenthümer derselben Schaden zuzufügen. Hiernach würde die Strafe nicht der Veruntrauung, sondern der Beschädigung fremden Eigenthums (Art. 288.) Platz greifen.

Wollte man aber auch zugeben, daß die Vernichtung einer fremden Sache nothwendiger Weise eine Aneignung derselben involvire, so wird man doch, dafern diese Vernichtung in böslicher Absicht oder aus Petulanz geschehen ist, die Anwendung des 288sten Artikels nicht völlig ausschließen können. Es würde daher die Bestimmung des Art. 48. eintreten, wornach, wenn Jemand durch eine und dieselbe Handlung mehrere Verbrechen begangen hat, die schwerste der verschiedenen Strafen nach richterlichem Ermessen in Anwendung zu bringen ist.

§ 5.

Eine andere Frage beruht darin, ob nicht zwischen dem Diebstahle und der Veruntrauung ein so analoges Verhältniß obwalte, daß das Requisit der gewinnsüchtigen Absicht von dem Begriffe des Diebstahls auf den der Veruntrauung überzutragen sei.

Diese, wie sich weiter unten zeigen wird, auch noch in anderer Rücksicht wichtige Frage dürfte aber zu bejahen sein.

Nicht nur spricht dafür der Umstand, daß Veruntrauung und Diebstahl in unserem Criminalcoder unter einer Rubrik, nämlich im zwölften Capitel, abgehandelt sich befinden, und daß diese Verbrechen im 59sten Artikel ausdrücklich als gleichartige aufgeführt sind, sondern es geht solches insonderheit auch aus den Landtagsverhandlungen hervor.

Bereits in dem Deputationsgutachten der zweiten Kammer zum 214ten (jetzt 223sten) Artikel findet sich mit klaren Worten

ausgesprochen: „der Diebstahl unterscheidet sich von der Veruntrauung blos dadurch, daß der Veruntrauende schon im Besitze der Sache ist, der Dieb aber diesen Besitz erst sich verschafft. Die Absicht dagegen ist beiden gleich und geht dahin, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen [19])." Und es ist gegen diese, später vom Referenten wiederholte [20]) Behauptung von der Staatsregierung, welche sich im Uebrigen mit dem fraglichen Deputationsgutachten allenthalben nicht einverstanden erklärte, nicht das Geringste erinnert worden.

Besonders verdient aber hier dasjenige Beachtung, was von den Organen der Staatsregierung selbst bemerkt worden ist.

Im 214ten Artikel des Entwurfs nämlich war als Dieb definirt: „Wer wissentlich eine fremde bewegliche Sache ..... an sich nimmt, um dieselbe für sich oder Andere zu gewinnen", als Veruntreuer aber im Artikel 230.: „Wer eine fremde bewegliche Sache in seinem Besitze oder Gewahrsam oder zu verwalten hat und irgend eine Handlung vornimmt, welche die Absicht zu erkennen giebt, eine solche Sache rechtswidrig sich zuzueignen."

Als nun in der zweiten Kammer über den Begriff des Diebstahls berathen ward, erklärte der Herr Justizminister unter Anderem Folgendes [21]):

„Irrig ist der geehrte Referent, wenn er glaubt, die Regierung setze voraus, daß der Dieb einen Gewinn von dem Diebstahle haben müsse. Nein, nur die Absicht, welche er bei der Wegnahme der Sache gehabt hat, muß eine eigennützige, nämlich die gewesen sein, jene Sache als Eigenthümer zu benutzen."

Kurz nachher aber bemerkte der Herr Minister Folgendes [22]):

„Uebrigens ist allerdings ein Unterschied zwischen dem Artikel 230. und diesem (Art. 214.). Da derjenige, der eine Sache veruntraut, schon in dem Besitze derselben ist, so kann da unter Zueignen nicht blos das Besitzergreifen, son-

---

19) Cf. Mittheilungen. S. 3915.
20) ib. Seite 3917.
21) ib. Seite 3917.
22) ib. Seite 3920.

dern nur das als Eigenthümer Benutzen verstanden werden."

Die Staatsregierung hat sonach das Wort „gewinnen" im Artikel vom Diebstahle genau mit denselben Worten definirt, wie das „zueignen" im Artikel von der Veruntrauung.

Nun ergiebt sich aber aus den Verhandlungen, welche zwischen der Staatsregierung und der zweiten Ständekammer weiter stattgefunden haben, deutlich, daß Regierung sowohl als Stände den Worten im 223sten Artikel des Criminalgesetzbuchs: „um sich die Sache zuzueignen und dadurch einen Gewinn zu verschaffen", denselben Sinn untergelegt haben, wie den Worten: „um die Sache zu gewinnen", im 214ten Artikel des Entwurfs.

Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dem Worte „Aneignung" im 242sten Artikel des Cr. G. B. dieselbe Bedeutung beiwohne, wie dem: „Sichzueignen und Gewinnverschaffen", im Art. 223.

Auch würden sich, wollte man bei der Veruntrauung den lucri animus nicht erfordern, bald die größten Ungleichheiten rücksichtlich dieses Verbrechens im Verhältniß zum Diebstahle herausstellen. Man nehme nur den Fall, es sei ein Diebstahl an einer Sache begangen worden, woran dem Entwender ein Miteigenthum oder ein Miterbrecht zusteht. Hier ist bei der Strafbestimmung nach Art. 224. des Cr. G. B. nur derjenige Betrag zu berücksichtigen, welcher nach Abzug des dem Diebe zustehenden Theils übrig bleibt. Nun setze man, es sei unter denselben Verhältnissen eine Veruntrauung begangen worden. Wäre es da nicht unbillig, dem Veruntrauer den ihm eigenthümlich gehörigen Theil nicht zu Gute zu rechnen [23])? Ist nun aber anzunehmen, daß der lucri animus ein nothwendiges Requisit der Veruntrauung constituire, so läßt sich auch nicht

---

23) Mit Recht bestimmte daher auch schon das Mandat vom anvertrauten Gute vom 23. März 1822 (G. S. S. 340), § 2., daß, wenn der verpflichtete Diener von dem ihm anvertrauten Gelde oder Gute seine Besoldung vor der gewöhnlichen Zahlungszeit im Voraus genommen, ihm blos die zur Zeit der Veruntrauung noch nicht verdient gewesene Summe zur Strafe anzurechnen sei.

bezweifeln, daß die in voriger § besprochene Frage, ob derjenige, welcher eine ihm anvertraute Sache aus Muthwillen oder Bosheit zerstört, als Veruntreuer anzusehen sei, unbedingt verneint werden müsse.

Zugleich beantwortet sich hierdurch die, in neuerer Zeit ebenfalls mehrfach besprochene Frage, ob derjenige, welcher eine ihm verpfändete Sache unterschlagen hat, verlangen könne, daß ihm bei Festsetzung der Strafe nur so viel in Anrechnung gebracht werde, als von dem Werthsbetrage der unterschlagenen Sache nach Abzug des Betrags der Forderung, zu deren Sicherung das Pfand gegeben war, übrig bleibt.

Man setze z. B. den Fall: Titius schuldet dem Cajus 10 Thaler und verpfändet zur Sicherung dieser Schuld demselben einen Ring von 15 Thalern im Werthe. Bevor noch die Schuldforderung gefällig ist, verkauft Cajus den Ring oder maßt sich auf irgend eine andere Weise das Eigenthum an demselben an. Jetzt fragt es sich: ist bei Normirung der Strafe der Betrag der Veruntrauung zu 15 oder blos zu 5 Thalern anzunehmen?

Nach der Ansicht des Königl. Sächs. Ober-Appellationsgerichts [24]) nur zu 5 Thalern, und zwar aus dem Grunde, weil rücksichtlich des Mehrbetrags von 10 Thalern dem Cajus der **lucri animus** fehlte, indem ihm der Eigenthümer der veruntrauten Sache selbst so viel schuldete. Diese Ansicht erscheint auch als vollkommen begründet, wie sich am deutlichsten daraus ergiebt, daß in dem Falle, wenn der Werth des verpfändeten Ringes gerade so viel, oder gar noch weniger als die Forderung, für welche er haftete, mithin 10 Thaler, oder nicht einmal so viel, betragen hätte, dem Cajus, indem er denselben vor der Verfallzeit veräußerte, eine Veruntrauung überhaupt gar nicht, sondern blos eine unerlaubte Selbsthilfe beizumessen gewesen sein würde.

Das Nämliche aber, was so eben in Betreff der Unterschlagung einer verpfändeten Sache bemerkt worden ist, gilt auch

---

24) Dieselbe findet sich ausgesprochen in einem Erkenntnisse vom 16. November 1839.

dann, wenn der Veruntreuer an der unterschlagenen Sache kein dingliches Recht, sondern einen blos persönlichen Anspruch, z. B. ein Retentionsbefugniß hat, oder wenn er blos zufällig im Besitze einer Sache sich befindet, an deren Eigenthümer ihm selbst ein Forderungsrecht zusteht.

Anders muß sich freilich das Verhältniß gestalten, wenn durch besondere Umstände erwiesen ist, daß die gewinnsüchtige Absicht wirklich auf das ganze Object der veruntrauten Sachen gerichtet war. Man denke sich z. B. folgenden Fall: X., welcher dem R. 50 Thaler schuldet, erhält von dem W. eine Quantität Wein im Werthe von 100 Thalern, damit er selbige dem R. abliefere. X. sagt dem R. von diesem Weine kein Wort, sondern vertrinkt denselben. R. fordert später von ihm den Wein, und X. leugnet nicht nur den Empfang desselben beharrlich ab, sondern fordert auch noch seiner Seits die 50 Thaler, welche R. ihm schuldet. Hier kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die gewinnsüchtige Absicht des X. auf den ganzen Wein gerichtet war. Es wird daher auch in diesem Falle der Betrag der Veruntrauung zu 100 Thalern anzunehmen und der Betrag der Forderung von 50 Thalern nur als Ersatz zu betrachten sein.

Eine Ausnahme hiervon wird jedoch wiederum dann statuirt werden müssen, wenn die unterschlagene Sache mit derjenigen, welche der Veruntreuer seiner Seits von dem laesus zu fordern hat, von gleicher Art ist. Dann ergreift der Grundsatz: „Compensatio fit ipso jure", Platz. Wenn daher X. von dem W. nicht Wein, sondern 100 Thaler baar zur Ablieferung an den R. übergeben erhalten gehabt, dann würde das Object der Veruntrauung blos zu 50 Thalern anzunehmen gewesen sein.

§ 6.

Wenn übrigens Mittermaier [25]) der Meinung ist, daß dann, wenn derjenige, welcher eine ihm anvertraute Sache sich

---

25) Abhandlung über den Begriff und die Merkmale des Verbrechens der Unterschlagung ꝛc. in den Annalen der deutschen und aus-

widerrechtlicher Weise zueignet, erweislich die Absicht gehabt hat, Ersatz zu leisten, das Verbrechen der Veruntrauung nicht zu statuiren sei, so dürfte es sich wohl fragen, ob jenem berühmten Rechtsgelehrten hierin beizupflichten sei. Vielmehr will es dem Verfasser gegenwärtiger Abhandlung scheinen, daß die Absicht, den durch das Verbrechen angerichteten Schaden zu ersetzen, den Eintritt des Verbrechens ebenso gewiß nicht hemmen könne, als der nachher wirklich geleistete Ersatz das Verbrechen selbst nicht ungeschehen zu machen, sondern nur dessen nachtheilige Folgen aufzuheben vermag [26]). Auch müßte man, wäre die Mittermaier'sche Ansicht begründet, das Verbrechen des Diebstahls consequenter Weise cessiren lassen, wenn erwiesen, oder wenigstens durch besondere Umstände wahrscheinlich gemacht wäre, was doch keineswegs unmöglich ist, daß dem Entwender schon bei Begehung der Entwendung die Absicht, Ersatz zu leisten, beigewohnt habe.

---

ländischen Criminalrechtspflege, begründet von Hitzig, fortgesetzt von Demme und Klunge, Jahrg. 1839, Bd. I. Abh. I. sub IV. S. 25 fgg.

26) Cf. Klien, Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. Seite 179 jct. 120.; vergl. auch das oben in der Anm. abgedruckte Erkenntniß.

Anhang.

Mittheilung
von
interessanten Rechtsfällen und Präjudicien.

I.

Clara P. Züchner [1]), der protestantischen Confession zugethan, verheirathete sich am 4. Februar 1823 mit J. Schneider, ebenfalls protestantischer Confession. Wenige Monate darauf trug sie auf Annullirung dieser Ehe an, weil ihr genannter Ehemann mit einem übelriechenden Odem behaftet sei, und weil er vor Eingehung der Ehe an einer syphilitischen Krankheit gelitten habe. Nach längerem Rechtsstreite erkannte die competente Spruchbehörde definitiv auf Entbindung des Beklagten von der Klage, dafern er noch mittels Eides sich reinige, daß er vor Eingehung der Ehe mit der Klägerin eine durch venerische Ansteckung entstandene Tripperkrankheit nicht gehabt. Da der Beklagte erklärte, daß er diesen Eid nicht leisten könne, so ward hierauf die zwischen ihm und der Klägerin geschlossene Ehe rechtskräftig für null und unbündig erklärt, auch beiden Theilen (jedoch Schneidern nur nach Beschaffenheit der Umstände) sich anderweit christlich zu verehelichen gestattet.

Unter dem 19. October 1830 zeigte der katholische Pfarrer zu X. dem katholisch-geistlichen Consistorium an, daß H. J.

---

1) Sämmtliche Namen sind verändert worden.

Meyer, der katholischen Confession zugethan, zu X. sich mit der Züchner zu verehelichen gedenke, und erhielt darauf von dem erwähnten Collegium, nachdem dieses die in dem eben referirten Eheprocesse ergangenen Acten eingesehen, „zur Nachachtung, so wie zur weiteren Bescheidung Meyer's" unter dem 16. November 1830 die Weisung, daß die Erlaubniß in die eheliche Verbindung mit der Züchnern nicht ertheilt werden könne. Inzwischen aber erfolgte die Trauung Meyer's mit der Züchnern zu Folge eines von beiden Theilen ausgewirkten Dispensationsrescripts am 14. December desselben Jahres durch einen protestantischen Pfarrer zu Y. — Die Sache ruhte nun mehrere Jahre.

Unter dem $\frac{30.\ \text{März}}{4.\ \text{April}}$ 1833 reichte hierauf die nunmehr verehelichte Meyer bei dem kathol. geistlichen Consistorium eine Klage ein, in welcher sie anführte, daß Meyer sie bei Eingehung der Ehe über seine Vermögensverhältnisse wesentlich und absichtlich getäuscht habe. Sie führte dabei in ihrer Klage an: „Da nun bekannten Rechten nach meine Ehe mit gedachtem Meyer nach katholischem Kirchenrechte für giltig anzusehen sein möchte, weil meine frühere Ehe mit dem mehrgedachten Schneider nicht geschieden, sondern förmlich annullirt worden ist, gleichwohl aber jede durch Betrug erzielte Ehe für null und nichtig zu achten ist, so werde ich wider meinen Ehegatten hiermit klagbar und trage, auf obige Klaggründe gestützt, auf Annullirung meiner Ehe hiermit an." Schließlich bat sie, „einen Verhörstermin anzuberaumen, Beklagten hierzu, so wie zur Einlassung und Antwort auf diese Klage sammt Beifuge sub praejudiciis vorzuladen, und um Notification ꝛc."

Ohne nun diesen Vorbeschied anzuberaumen, ohne den Beklagten nach der Schlußbitte vorzuladen „decretirte" ohne Weiteres das katholische Consistorium: „daß die in Frage stehende, von der Züchner, verehel. gewesenen Schneider am 15. December 1830 eingegangene Trauung — abgesehen von dem auf Annullirung derselben von C. geb. Züchner gegenwärtig beschehenen Antrage — hinsichtlich des zur katholischen Kirche sich bekennenden H. Meyer's, aus den in den beigefügten Entscheidungsgründen aufgestellten Grundsätzen dieser Kirche sich als un-

giltig darstellt, und solchem nach hiermit für unbündig erklärt wird." — In diesen Entscheidungsgründen ward nun der Satz an die Spitze gestellt, daß der Grund, aus welchem die Schneider'sche Ehe von der protestantischen Behörde für ungiltig erklärt worden sei, nach katholischen Dogmen nicht als ein ausreichender Grund zur Eheannullirung angesehen werden könne, und daß, da Schneider noch lebe, Meyer nach den Grundsätzen seiner Kirche sich nicht mit der Schneider'schen Ehefrau hätte verehelichen dürfen, nun auch es bei der strengen Festhaltung an der sacramentalischen Eigenschaft der Ehe es keinen Unterschied bewirken könne, ob die frühere (Schneider'sche) Ehe nur geschieden oder, wie der Fall sei, völlig annullirt worden sei, dafern die Annullation auf keinem nach katholischem Kirchenrechte hierzu ausreichenden Grunde beruhe, so wie endlich, daß Meyer von dem katholischen Geistlichen, bei welchem er sich wegen des Aufgebots gemeldet habe, auf das ihm entgegenstehende impedimentum ligaminis aufmerksam gemacht und deßhalb das Aufgebot ihm verweigert worden sei.

Dieses Decret ward den Parteien nicht publicirt, sondern nur in vim publicati abschriftlich zugefertigt und, wie es in der an die Klägerin gerichteten Zufertigung noch insbesondere heißt: „zur Nachachtung bekannt gemacht." Es ward diese Zufertigung dem Meyer insinuirt, von ihm aber ein Rechtsmittel dagegen nicht eingewendet, vielmehr dieses Verfahren als etwas Unwirksames gänzlich ignorirt.

Die Klägerin begab sich nun hierauf nach Z. Meyer aber erhob bei dem Appellationsgerichte zu D. eine Ehedesertionsklage und trug darauf an, daß seine Ehefrau rechtlich angehalten werde, zu ihm zurückzukehren und die Ehe mit ihm gebührend fortzusetzen. Es wurde hierauf auch am 21. November 1836 bei dem gedachten Appellationsgerichte zwischen dem Kläger und dem Sachwalter der persönlich außengebliebenen Beklagten ein Sühnetermin zwar abgehalten, in welchem jedoch eine Versöhnung nicht erlangt ward und die Verweisung der Parteien zum rechtlichen Verfahren erfolgte. Dieses selbst wurde von ihnen gebührend abgehalten, die Acten geschlossen und ein Termin zur Publication des abgefaßten Erkenntnisses angesetzt, als die Be-

klagte in Z. plötzlich starb und hierdurch der Streit eine ganz veränderte Richtung erhielt.

In dem nämlich von der Defuncta errichteten und nach ihrem Tode sofort eröffneten Testamente hatte dieselbe den unmündigen Fr. Th. Schneider, den Sohn ihrer ersten Ehe, der in Hamburg bei seinem Vater, J. Schneider, lebte, als Universalerben ihres Vermögens eingesetzt, ohne ihren Ehemann Meyer ebenfalls zum Erben einzusetzen oder unter Angabe und Bescheinigung einer bestimmten gesetzlichen Ursache zu enterben, indem sie vielmehr denselben völlig präterirt hatte. Die Erblasserin ernannte zugleich den Kaufmann Gerold zu Z., ihren Stiefvater, in dessen Hause sie seit ihrer Trennung von Meyern bis zu ihrem Tode gelebt, zum Hauptvormunde für ihren zum Universalerben eingesetzten Sohn mit der hinzugefügten Verordnung, daß, da sie ihren Stiefvater selbst im Testamente mit Legaten bedacht hätte, und daher bis zur Regulirung des Nachlasses dieser nicht füglich die Vormundschaft würde führen können, bis dahin einstweilen ihr Cousin, Kaufmann Schmidt zu Z., als Theilung- und Specialvormund bestellt werden solle. Die Bestätigung Schmidt's zum Specialvormunde ist am 22. Mai 1837 bei dem Stadt-G. zu Z. erfolgt, dagegen die Bestätigung Gerold's zum generellen Vormunde ausgesetzt geblieben. Endlich ist zu bemerken, daß Gerold in dem Testamente dem Unmündigen, Falls dieser vor Erreichung seiner Majorennität verstürbe, substituirt ist. — Das Uebrige wird sich aus den mitzutheilenden Entscheidungsgründen ergeben.

Im Juni 1838 wurde nun von Meyer eine Klage bei dem Stadtgerichte zu Z. gegen die beiden genannten Vormünder des unmündigen Schneider erhoben, in welcher unter Angabe der hier mitgetheilten factischen Momente und unter Bezugnahme auf Nov. 115. c. 1 — 3. und das Mandat, die Allodialerbfolge betreffend, v. 31. Januar 1829 § 66 fgg. das Petitum dahin gerichtet wurde: daß die in dem Testamente der Frau C. P. Meyer, geb. Züchner, erfolgte ausschließliche Erbeinsetzung des Fr. Th. Schneider für zu Recht beständig nicht zu achten; daher Beklagte eine vollständige Nachlaßspecification herauszugeben, und von dem sich hierdurch ergebenden Totalbetrage

den vierten Theil nebst den von der Testatrix Tode gezogenen und zu ziehen gewesenen Nutzungen dem Kläger zu verabfolgen, auch alle durch diesen Proceß entstehenden gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten ab- und zu erstatten schuldig.

Dieses sind die Materialien des vorliegenden Rechtsstreites.

Bevor zur rechtlichen Beurtheilung der Klage nach ihrem Inhalte übergegangen werden kann, sind die Einwendungen zu prüfen, welche Beklagte gegen die Competenz des Stadtgerichts zu Z. für diesen Proceß und gegen die ihnen angesonnene Verpflichtung, sich in diesen Proceß einzulassen, erhoben haben.

In dem Erkenntnisse zweiter Instanz ward in dieser Beziehung Folgendes bemerkt [2]):

„Es ist zuvörderst darauf zu verweisen, daß die Klage nicht auf Erfüllung des in einer bestimmten Summe oder Sache angewiesenen Pflichttheils, sondern auf Gewährung des im Testamente ganz übergangenen Pflichttheils, mithin einer Quote der ganzen Erbschaft gerichtet ist, daß dieß ganz der gesetzlichen Vorschrift [3]), wornach Ehegatten hinsichtlich ihres Pflichtheils nicht wie besondere Nachfolger, sondern wie andere Erben zu betrachten sind, entsprach, und daß daher die Klage bei dem Stadtgerichte zu Z., als Erbschaftsbehörde, um so gewisser angestellt werden konnte, als der Nachlaß noch nicht an den Testamentserben ausgeantwortet worden ist, sondern annoch bei dem Stadtgerichte regulirt wird, und diese Gerichtsbehörde in Veranlassung der durch die Concurrenz mit anderen, jedoch nur inländischen Gerichten entstandenen Competenzzweifel, und zu Folge der Bl. ersichtlichen Ministerialverordnung als Nachlaßbehörde ausdrücklich Auftrag erhalten hat. Zudem ist die Competenz des Stadtgerichts zu Z. in dieser Beziehung im vorigen Erkenntnisse nicht bezweifelt worden, indem die Beklagten speciell die Ausflucht des incompetenten Gerichtsstandes vorgeschützt hatten, dieser Einrede ungeachtet aber der Kläger blos in der

---

2) Die Erörterungen, so weit sie den in den Acten enthaltenen Erkenntnissen und zwar wörtlich entnommen worden sind, sind mit „—“ eingeschlossen und ausgezeichnet worden.

3) Mandat v. 31. Jan. 1829. § 78.

angebrachten Maße, nicht allhier abgewiesen, und dagegen von den Beklagten nichts erinnert worden."

„Es ist ferner von den Verf. des vorigen Urtheils angenommen worden, daß der Kläger seinen Anspruch nicht gegen die Beklagten habe richten können, weil Gerold noch gar nicht förmliche Bestätigung zum Vormunde des minorennen Schneider erhalten habe und Schmidt blos als Specialvormund desselben bestellt worden sei, und zugleich auch aus diesem Grunde die Klage in der angebrachten Maße abgewiesen. Allein auch hier stehen die Acten dem Kläger zur Seite. Nachdem bald nach der Bestätigung Schmidt's am 14. Juni 1837 dem minorennen Schneider auch zu Hamburg zwei Vormünder bestellt und von diesen gegen die Competenz des Stadtgerichts zu Z. in der fraglichen Erb- und Vormundschaftssache, so wie insonderheit auch wider die erfolgte Beständigkeit der erfolgten Bestätigung des Specialvormunds verschiedene Einwendungen erhoben worden waren, so ward von der vorgesetzten Behörde entschieden, daß es bei der Bestätigung Schmidt's sein Verbleiben habe, und daß die zu Hamburg bestellten Vormünder denselben anzuerkennen verbunden wären. Auch unterlag der inmittels bei dem Justizministerium vom Senate zu Hamburg erhobene Antrag auf Beseitigung dieses Vormundes erheblichem Bedenken, was dem Stadtgerichte bekannt gemacht wurde, ja es gelangte selbst in Frage, ob nicht selbst nach beendigter Nachlaßregulirung die Verwaltung des Mündelvermögens, mit Ausnahme des darunter begriffenen Pflichttheils (in Rücksicht nämlich auf die Rechte des Vaters des Minorennen), dem im Testamente hierzu ernannten Kaufmann Gerold zu überlassen sein möchte. Wie hierauf von dem Stadtgerichte die zu Hamburg bestellten Vormünder beschieden wurden, daß ihre Mitwirkung bei dieser Erbschaftssache gänzlich ausgeschlossen bleiben müsse, wie ferner über Constatirung des Nachlasses und Erfüllung der testamentarischen Disposition lediglich mit dem zu Z. bestätigten Specialvormunde Schmidt und dem testamentarisch designirten generellen Vormunde Gerold verhandelt, so liegt es offen vor, daß der Kläger in Bezug auf die Verlassenschaft der Testatrix seine Erbschaftsklage gar wohl gegen den von dem Erb-

schaftsgerichte und den höheren Behörden anerkannten Specialvormund richten konnte, und daß der Kläger außerdem, da die Hamburger Vormünder und der Vater des Minorennen mit der ihm zugefallenen Erbschaft noch zur Zeit gar nichts zu schaffen hatten, seine Ansprüche gar nicht hätte verfolgen können. Die Erörterung darüber, ob einer als Miterbe zu dem Nachlasse, zu dessen Theilung und Regulirung ein Specialvormund bestellt ist, sich meldenden Person ein Anspruch und inwieweit ihr dieser zuzugestehen, auch wie sie deßhalb abzufinden sei, ist schon der Natur der Sache nach als eine zur Theilung und Regulirung der Erbschaft gehörige Angelegenheit zu betrachten, und mit klaren Worten verfügen die Gesetze (Vormundsch. O. v. 13. März / 10. April 1790 **cap. II. § 7. cap. V. § 10.**), daß der zur Inventur und Theilung bestellte Vormund alle andere inmittelst vorkommenden Angelegenheiten des Pflegbefohlenen, ob sie schon nicht gerade die Inventur und Theilung betreffen, zu besorgen habe, und daß der von der Mutter oder Anderen testamentarisch bestimmte Vormund, obschon er auf des Minorennen Person und Erziehung keine Aufsicht hat, doch in Bezug auf das Vermögen, weßhalb er zum Vormunde bestellt ist, in seinen Rechten und Pflichten einem allgemeinen Vormunde gleichstehen soll."

„So gewiß daher der Beklagte Schmidt in dieser Proceßsache den minorennen Schneider zu repräsentiren hat, so könnte nur darüber, ob die Klage auch gegen den beklagten Gerold statthaben könne, ein Zweifel insofern erhoben werden, als in der Regel (V. O. **cap. X. § 1.**) alle Vormünder, selbst die letztwillig ernannten, von dem Richter dazu bestätigt werden sollen und Gerold die Bestätigung als Vormund noch nicht erlangt hat. Bei näherer Erwägung der nach den Acten hier obwaltenden Verhältnisse hat es jedoch nicht bedenklich erschienen, auch Gerolden als Beklagten mitzubetrachten. In der angez. Stelle der VO. ist ebenso wenig als sonst in den Gesetzen darüber etwas zu finden, daß ein testamentarisch berufener Vormund in Vertretung des Minorennen eher nicht in Anspruch genommen werden könne, als bis seine förmliche Bestätigung erfolgt ist. Die Testatrix hat Schmidt und Geroldeu nicht suc-

ceſſiv, ſondern zugleich als Vormünder berufen. Die Beſtätigung muß nicht darum, weil der Befolgung des Teſtaments in dieſer Hinſicht Seiten des deſignirten Vormundes Hinderniſſe entgegenſtehen, unterbleiben, vielmehr iſt der Vormund zur Uebernahme der Vormundſchaft bereit und fähig, und es iſt die förmliche Beſtätigung deſſelben wegen der von anderen Intereſſenten erhobenen Widerſprüche nur einſtweilen ausgeſetzt geblieben. Es hat ferner Gerold, welcher den blos in Sachſen befindlichen Nachlaß noch im Beſitz hat und verwaltet, ſich zur Specificirung des geſammten Nachlaſſes erboten, darüber Specificationen und Verwaltungsrechnungen eingereicht, auch ſonſt als den Nachlaß verwaltender Vormund ſich gerirt und zu den dießfallſigen Handlungen, inſonderheit zu Auszahlung von Paſſiven und Legaten obervormundſchaftliche Autoriſation erhalten, es iſt bereits früher der Anſpruch des Klägers von ihm, im Intereſſe des Minorennen, mit beſtritten und er von dem Erb- und Vormundſchaftsgerichte auf die mit Bezugnahme der VO. cap. XXVI. § 1. erſtattete Anzeige des von dem Kläger erhobenen und zugleich gegen ihn, als Vertreter des minorennen Schneider, mit gerichteten Anſpruchs, wobei derſelbe ſpeciell das Bedenken aushob, daß ihm noch zur Zeit die förmliche Beſtätigung zum Vormunde abgehe, als legaler Vertreter des minorennen Schneider ausdrücklich anerkannt und zur Wahrnehmung der Gerechtſame des Minorennen in dieſem Proceſſe angewieſen worden; letztere Beſcheidung erſcheint um ſo gerechtfertigter, als der von dem Kläger mit ſeiner Erbſchaftsklage, nach Obigem, in Z. zu belangende minorenne Schneider, als ein ausländiſcher Unmündiger, bei dem daſigen Stadtgerichte als Proceßbehörde mit einem beſonderen Vormunde zu dem Proceſſe zu verſehen geweſen wäre, dafern nicht das die Functionen der Erb- und Vormundſchaftsbehörde mit der Proceßbehörde in ſich vereinigende Stadtgericht Gerold u. Schm. als legale Vertreter des minorennen Schneider in dieſer Proceßſache anzuerkennen gehabt und durch obige Reſolution anerkannt hätte. (VO. cap. XX. § 7.)" — In dem Rubro des geſprochenen Erkenntniſſes wurden daher Gerold und Schmidt, als die für den mino-

rennen Schneider geordneten Vormünder, Bekl. am anderen Theile, aufgeführt.

Das OAG. war jedoch in Betreff Gerold's anderer Ansicht, den es vielmehr, während Schmidt als specieller Altersvormund Schneider's und Bekl. am anderen Theile aufgeführt blieb, als Mitbekl. am dritten Theile aufführte, in dem Erkenntnisse selbst aber die Erklärung beifügte: „daß alles das, was in dem Urthel in Beziehung auf die in dessen rubro aufgeführten zwei Beklagten erkannt worden sei, auch von dem nunmehr als Mitbekl. angegebenen bereits erwähnten Gerold zu verstehen", und zwar aus folgenden Gründen:

„Obschon Gerold in dem Testamente § 5. zum Hauptvormunde ernannt worden, so kann er doch für einen legalen Repräsentanten des unmündigen Schneider darum nicht gelten, weil nach der Vormundschaftsordnung X. § 1. alle Vormünder und darunter auch die testamentarii der Bestätigung bedürfen, wodurch sie erst auctoritatem et facultatem gerendi und die Fähigkeit, den Unmündigen zu verpflichten, erlangen. Insbesondere liegt in der Disposition der VO. XIV. § 3., daß der Vormund die Processe wegen des Unmündigen zu führen habe, deutlich der Satz, daß jeder Andere, der nicht bestätigt ist, mithin für einen Vormund nicht geachtet werden kann, davon ausgeschlossen bleiben müsse. Es kann auch, wenn von Führung der Processe die Rede ist, bei der gemessenen Vorschrift des Gesetzes die Bestätigung per aequipollens nicht ergänzt werden. Und selbst wenn man die Weisung des Stadtgerichts an Gerold, des Unmündigen Gerechtsame wahrzunehmen, für eine datio curatoris ad litem ansehen wollte, so würde doch auch hierzu nach VO. XX. § 6. 7. förmliche Bestätigung nöthig sein. Ueberhaupt hat man bei der Frage, ob Jemand, der sich ohne Bestätigung der Geschäfte eines Unmündigen annimmt, wohl zu unterscheiden, ob er sich auf eine wider Letzteren erhobene Klage einlassen müsse, oder ob er es nur thun könne und wolle; blos das Erstere kommt hier in Frage, das Letztere fällt wegen Gerold's erklärter Weigerung von selbst hinweg. Dennoch liegt die Sache so, daß, wenn schon er nicht als Vormund belangt werden möge, dennoch derselbe für seine Per-

son wohl als Mitbekl. zu behandeln ist. Abgesehen davon, daß er in dem Testamente dem Unmündigen, Falls dieser vor Erreichung seiner Majorennität verstürbe, substituirt ist, also insofern ein eventuelles Interesse hat, daß der Nachlaß durch fremde Anforderungen nicht vermindert werde, da es allerdings von ihm abhängt, ob er davon Gebrauch machen will oder nicht, so tritt doch hier der Umstand ein, daß er Besitzer und Verwalter des Nachlasses ist, als solcher Klägerm für den Fall, daß es zu einer Condemnation kommen sollte, unter Anderm auch zur Rechnungsablegung verpflichtet ist, und diesem daran gelegen sein muß, das Urthel sofort gegen den Administrator geltend machen zu können. Daß nun aber Gerold den Nachlaß im Besitz habe, geht klar aus den Acten hervor, und inwiefern er deßhalb dem Kläger für den Fall, wenn dieser obsiegt, persönlich verhaftet bleibt, muß er sich gefallen lassen, als Mitbekl. in Anspruch genommen zu werden. Diese Trennung des Mitbekl. vom Bekl. hat jedoch in Beziehung auf den Klägerm beim Gegenbeweise nachgelassenen Eidesantrag noch die Folge, daß dabei zwischen Thatsachen, welche die Rechte des Unmündigen allein angehen, und solchen, die Gerold's Besitz und Verwaltung des Nachlasses betreffen, wohl unterschieden werden muß. Denn da Gerold nicht legaler Vertreter des Unmündigen ist, diesem also kein Nachtheil aus einem Versäumnisse am Eide erwachsen könnte, so wird der Eidesantrag blos gegen Schmidt zu gestatten sein, inwieweit es die Rechte des Unmündigen gegen Kl. gilt, hinsichtlich Gerold's aber blos über solche Thatsachen stattfinden können, welche auf den Stand, den Besitz und die Verwaltung des Nachlasses Einfluß haben." rel. rel.

Der erhobenen Klage scheint ferner das formelle Bedenken entgegenzustehen, daß Kläger, welcher selbst zugestand, daß ihm das Annullationsdecret des katholischen Consistoriums zugefertigt und von ihm dagegen kein Rechtsmittel eingewandt worden sei, nicht vielmehr zuvörderst dasselbe, das doch in Rechtskraft übergegangen sei, mittels einer Nullitätsklage anfocht und nur, wenn es wirklich für null erklärt werden sollte, mit der jetzt erhobenen Inofficiositätsquerel hervortrat. Dieses Bedenken theilte

auch die Juristenfacultät zu Leipzig, und wies daher die Klage, welche sich als völlig unstatthaft darstelle, in der angebrachten Maße ab.

Allein der Kläger, welcher in der Klage die Gründe bereits angedeutet hatte, welche den Uebergang des fraglichen Decrets in Rechtskraft überhaupt gar nicht zulassen, war nichtsdestoweniger zu unmittelbarer Erhebung der eingereichten Klage berechtigt. Denn das Befugniß muß jeder rechtsprechenden Behörde, selbst der der ersten Instanz, vindicirt werden, darüber zu cognosciren, ob ein einem erhobenen Anspruche entgegengestelltes richterliches Decret als eine rechtskräftige richterliche Sentenz anzusehen sei, und würde außerdem ein solcher Proceß, in welchem ein derartig fundirte Exception vorgebracht würde, nur von dem höchsten Gerichtshofe entschieden werden können. Die Bedingungen, woran die Fähigkeit der richterlichen Aussprüche, in Rechtskraft übergehen zu können, geknüpft ist, sind allgemeine gesetzliche, formelle Vorschriften, und ob diesen in concreto Genüge geleistet worden ist, eine Frage, deren Entscheidung schlechterdings und auch ohne vorgängige Nullitätsklage dem rechtsprechenden Richter zugestanden werden muß. Es handelt sich gegenwärtig nur darum, ob das Decret die Eigenschaften einer rechtlichen, bis zur Aufhebung mittels Nullitätserkenntnisses wirksamen Entscheidung habe oder nicht, und kann nur erst dann von der Nothwendigkeit einer durch rechtliches Erkenntniß zu bewirkenden Aufhebung des Decrets die Rede sein, wenn man das Decret für ein rechtliches Erkenntniß anzusehen hätte. Dieses war zuerst zu prüfen, und erst von der Entscheidung dieser Frage hing die zweite ab, ob die Klage unstatthaft sei, indem, wenn es verneint wurde, daß das Decret die formellen Bedingungen eines rechtlichen Erkenntnisses in sich trage, es weder eines Rechtsmittels gegen dasselbe, noch jetzt einer Nullitätsklage bedurfte, da es ja dann gar nicht in Rechtskraft übergehen konnte.

Das Appellationsgericht zu B. und das Ober-Appellationsgericht traten auch diesen Gründen des Verfassers bei.

Als präjudiciell erschien jedenfalls die Frage, ob das obenerwähnte Decret des katholisch-geistlichen Consistorii als eine

rechtskräftige richterliche Entscheidung zu betrachten, und daher für den Kläger als rechtsverbindliche Norm anzusehen sei. — Verf. übergeht hierbei die von den Beklagten vielfach wiederholte Behauptung, daß der Kläger der Entscheidung des katholischen Consistorii schon deßhalb unbedingt Folge zu leisten verpflichtet sei, weil es für ihn als Katholik Gewissenssache wäre, derselben sich zu unterwerfen, indem ein so exorbitantes Gebot des Gehorsams — gleichviel, wie die Entscheidungen erlassen und auf welche Gründe sie basirt wären — nirgends, weder in den bürgerlichen Gesetzen, noch den Dogmen der katholischen Kirche, eine Unterstützung findet.

Bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage kann es lediglich auf die formellen Eigenschaften des Decrets ankommen. Hier dürfte nun aber es an die Spitze zu stellen sein, daß das Decret weit über die Grenzen des Antrags, den die Erblasserin bei dem Consistorium stellte, hinausging. „Da diese (wie oben bemerkt) ihr Gesuch blos darauf gerichtet hatte, auf ihre Nullitätsklage einen Verhörstermin anzuberaumen, den damaligen Beklagten hierzu, so wie zur Einlassung und Antwort auf selbige sub praejudiciis vorzuladen und ihr Notification zu ertheilen, so hatte das Consistorium in Gemäßheit der dem Sächsischen Processe im Allgemeinen zu Grunde liegenden und auch in Ehesachen nicht schlechterdings bei Seite zu setzenden Verhandlungsmaxime blos darüber Entschließung zu fassen, ob auf jene Klage Termin anzuberaumen sei. Statt dessen erklärte das Consistorium die Trauung selbst hinsichtlich Meyer's für nichtig, somit aber die Ehe zwischen ihm und der Erblasserin für null." Wenn hierbei von den Beklagten wiederholt behauptet worden ist, daß das Consistorium so weit als oberaufsehende Behörde habe gehen können, so ist dieses exorbitante Recht „in dem canonischen Rechte nicht begründet, welches vielmehr ebenso wenig als das protestantische Recht die Auflösung einer bereits bestehenden Ehe begünstigend, ausdrücklich zur Giltigkeit einer Sentenz die vorgängige Vorladung und rechtliches Gehör des Gegners erheischt [4]). Hierzu kommt, daß das De-

---

4) In der Ueberschrift von cap. X. de re jud. II. 27. heißt es aus-

cret, von dieser Seite betrachtet, eine bloße administrative Maßregel involviren würde, die einer Entscheidung über Rechte und Verbindlichkeiten einander gegenüberstehender Parteien nicht gleichgestellt werden kann, anderen Theils nach Sächsischen Rechten die Auflösung einer Ehe nur dann von Amtswegen von dem competenten Richter verfügt werden kann, wenn dieselbe gegen ein ausdrückliches Verbot eingegangen worden wäre und mit dem Fortbestehen ein Verbrechen, z. B. Bigamie oder Incest, verbunden sein würde."

„Es ist ferner ein unbestrittenes Fundamentalprincip des Processes, daß kein Theil ungehört, als Beklagter verurtheilt, als Kläger durch richterlichen Spruch seines Klagrechts für verlustig erklärt werden kann. Ein Verfahren, welches dem einen Theile die Gelegenheit entzieht, seine Rechte noch vor der Entscheidung wahrzunehmen, welches nicht auf der Möglichkeit, die Vertheidigung des Angegriffenen zum Gegenstande der die Entscheidung bedingenden richterlichen Prüfung zu machen, beruht, kann — insofern von einer richterlichen Entscheidung die Rede ist — als wesentlich fehlerhaft nie auf eine Rechtsgiltigkeit Anspruch machen. Eine richterliche Resolution und die darauf gegründete Verfügung — welches auch sonst ihre rechtliche Wirkung sein möge — kann niemals auf die Kraft eines instar legis zu betrachtenden Richterspruchs Anspruch machen, wenn sie blos auf den Vortrag des einen Theils mit Ausschließung der noch nicht versäumten Vertheidigung des anderen erlassen worden ist [5]). Eine richterliche Resolution jener Art ist kein Richterspruch und nicht geeignet, streitige Rechtsverhältnisse zur Entscheidung zu bringen."

„Im vorliegenden Falle ist aber der jetzige Kläger vor Abfassung des gedachten Decrets dem ausdrücklichen Antrage der

---

drücklich: sententia lata contra absentem non contumacem in causa matrimoniali non valet."

5) Mevius, decis. p. I. dec. 18. not. 3. ed. II. S. 10. Wernher, Sel. obs. for. T. I. obs. 249. ed. II. S. 521. Grolmann, Th. d. ger. Verf. in bürg. Rechtsstreit. § 79. ed. IV. S. 106. Martin, Lehrb. d. teutsch. gem. bürgerl. Proc. § 16. ed. VIII. S. 22. Gensler, vollständ. Comment. z. Martin's Lehrb. Bd. I. S. 20.

damaligen Implorantin, der Testatrix, entgegen gar nicht gehört worden, mithin schließt schon dieser Umstand den Eintritt der Rechtskraft des Decrets aus, zumal da Kläger es als für sich verbindlich niemals anerkannt, vielmehr wiederholt es als mit den Gesetzen in Widerspruch stehend angegriffen hat."

Daß das Canonische Recht von den mitgetheilten Grundsätzen des Processes keine Ausnahme macht, ist bereits oben bemerkt worden. „Dasselbe bestimmt auch, daß der Richter nur bei vollkommen geführtem Beweise der Nichtigkeit die Annullirung aussprechen solle [6]), ja es soll sogar ein solches Erkenntniß auf Annullirung der Ehe nach Canonischem Rechte niemals in Rechtskraft übergehen, und im Falle eines später erwiesenen Irrthums die Untersuchung erneuert und die bereits getrennte Ehe wieder hergestellt werden" [7]).

„Das Decret kann ferner deßhalb nicht für eine rechtskräftige Entscheidung angesehen werden, weil es überhaupt nicht auf eine, um diese Eigenschaft herbeizuführen, erforderliche Weise dem Kläger bekannt gemacht worden ist, selbst wenn der Abfassung desselben rechtliches Gehör der Parteien und ein vor Abfassung eines Rechtsspruchs erforderliches richterliches Verfahren vorausgegangen wäre."

Beklagte hatten zwar den von Klägerm gegen die Statthaftigkeit der beschehenen Zufertigung in vim publicati erhobenen Widerspruch im Allgemeinen, so wie durch Beziehung auf eine Observanz, welche bei dem katholisch-geistlichen Consistorium angeblich stattgefunden haben soll, zu rechtfertigen versucht. Allein die in der Sache gesprochenen hohen Erkenntnisse pflichte-

---

6) Cap. 1. X. de consanguin. IV. 1. Sauter, fund. jur. eccles. cathol. Vol. II. § 777. pag. 267. Grolmann, Grundsf. d. allg. kath. u. protest. Kirchenrechts. § 241. S. 276. Böhmer, princ. jur. can. § 386. not. 6. ed. VII. S. 312. Andreas Müller, Lexicon d. Kirchen-R. u. d. röm. kath. Liturgie. Bd. II. S. 313. 315.

7) Cap. 7. X. de re jud. II. 27. cap. 5. 6. X. de frigid. et malef. (IV. 15.) Gail, pract. obs. Lib. I. obs. 112. not. 1. S. 197. Wiese, Handb. d. gem. Kirchen-R. Thl. II. § 290. S. 687. Sauter, l. l. pg. 268. Grolmann, a. a. O. S. 276. Eichhorn, Grundsf. d. Kirchen-R. V. Abschn. 3. cap. 6. S. 460. Müller, a. a. O. S. 317.

ten dem, was Beklagte dießfalls bemerkt hatten, aus folgenden Gründen nicht bei:

„Allerdings haben sowohl einige neuere Schriftsteller über den gemeinen Proceß [8]), als auch einige ältere Schriftsteller [9]) außer der feierlichen Urthelsverkündigung in einem besonders hierzu anberaumten Termine auch die Zufertigung der Erkenntnisse in vim publicati mit der Wirkung, daß von der Insinuation an das zur Einwendung eines Rechtsmittels bestimmte Decendium laufe, wenigstens in dem Falle für statthaft erachtet, wenn diese Art der Urthelsverkündigung durch Observanz der Gerichtsstelle eingeführt sei. Allein schon die Alte P. O. XXXIV. § 1. setzt es, wenn sie gleich über die Art und Weise der Publication der Urthel keine ganz bestimmten Vorschriften enthält, vielmehr, „weil die Rechte hierinnen klare Maße geben", doch als Regel voraus, daß die Publication in einem besonders anzuberaumenden Termine geschehe, wenn sie es dem Richter zur besonderen Pflicht macht „ipsam publicationem, wann, zu welcher Stunde und in wessen Beisein dieselbe geschehen und dergleichen Umstände mit allem Fleiße zu registriren, damit aus Versehen keine Nullität begangen würde." Die Erl. P. O. bestimmt hiernächst ad T. XXXIV. § 1. 5. mit klaren Worten als Regel, daß zur Eröffnung des Urthels ein Termin anberaumt und in selbigem das Erkenntniß eröffnet werden soll, daher denn namentlich die Schriftsteller aus der Zeit nach der Erl. P. O. auch diese feierliche Urthelsverkündigung als die nach den Sächsischen Proceßgesetzen bei den eigentlichen Er-

---

8) Z. B. Gönner, Erört. über d. gem. Pr. no. XVII. 62 fg.

9) Carpzov, proc. jur. T. XVII. art. 3. no. 19. pg. 570. Böhmer, Jus eccles. Prot. II. T. 27. § 29. S. 1409. — Berger, El. D F. XXXIV. obs. 6 pg. 893. kann als Autorität für diese Meinung aber nicht unbedingt angezogen werden, da er eine vorgängige legale Citation jedenfalls für nothwendig erachtet, mithin einen anderen Fall vor Augen hat, nämlich den, wo der Richter beim Außenbleiben der gehörig vorgeladenen Parteien (wodurch nach älterem Rechte der Termin circumducirt ward) das Erkenntniß nunmehr in vim publicati zufertigte, mithin die Existenz eines Urthels wenigstens den Parteien vorher schon bekannt war.

kenntnissen, und abgesehen von den Entscheidungen, welche im Namen des Landesherrn von den höheren Behörden in der Form von Rescripten erlassen wurden, allein statthaft betrachten [10]). Allerdings enthält nun zwar die E. P. O. ad T. 34. § 1. zugleich die Bestimmung, daß es wegen der Verfassung und Publication der Urthel, so viel das Appellations-, ingleichen die Hofgerichte und Consistoria betreffe, bei der bisherigen Einrichtung und üblichem Gebrauche bleibe; allein es ist unter dieser „bisherigen Einrichtung, bei welcher es verbleiben soll", so viel die Consistorien anlangt, überhaupt nicht die Zufertigung der Erkenntnisse in vim publicati, welche, wie sich aus Ludovici, Einl. in d. Consist. Proc. cap. XVI. § III. Berger, El. proc. matr. § 44. S. 326 ergiebt, beim Erscheinen der Erl. P. O. gar nicht als eine Eigenthümlichkeit des Verfahrens der Consistorien in Ehesachen bestand, genehmigt worden, vielmehr bezieht sich jene Stelle der E. P. O. theils, was die Consistorien betrifft, auf die sofort nach abgehaltenem Vorbeschiede den dazu eventuell mit vorgeladenen Parteien geschehende Urthelspublication, theils rücksichtlich des damaligen Appellationsgerichts und der Hofgerichte [11]) auf das damals bei diesen höheren Collegien übliche Verfahren, nach welchem die Urthel nur zu gewissen Zeiten im Jahre abgefaßt und nach vorhergehendem Anschlage eröffnet wurden. Auch könnte jene Bestimmung der E. P. O. aus d. J. 1724 jedenfalls nur auf die damals bestehenden, namentlich aufgeführten Collegia bezogen werden, keineswegs aber die für die Ausübung der Gerichtsbarkeit in katholisch-geistlichen Angelegenheiten erst seit dem Jahre 1807 errichtete katholische Behörde [12]) von der Befolgung der allgemeinen processualischen Vorschriften entbinden, um so weniger, als in dem Mandate vom 19. Februar 1827 § 3. [13]) das katholisch-geistliche

---

10) Leyser, Med. ad P. sp. 654. med. 9. Hommel, Rhaps. obs. 69. Berger, Oec. jur. IV. Tit. 22. no. 4. ed. Winkler, pag. 782. Delße, Anltg. z. ger. Pr. § 171. S. 258. Pfotenhauer, Doctr. proc. § 294. Biener, syst. proc. § 110.

11) Griebner, Discurs ad T. XXXIV. § 1. d. E. P. O. s. v. Appellation. ed. Küstner. S. 289.

12) v. Weber, Syst. Darstellg. d. Kirchen-R. Thl. I. S. 202.

13) Gesetz-S. 1827. S. 18.

Consistorium ausdrücklich angewiesen worden ist, in Absicht auf die Form des bei ihm stattfindenden Verfahrens lediglich nach den Vorschriften der Landesgesetze sich zu achten, auch weder die Existenz einer zu Recht beständigen Observanz gegen diese erst vor einigen Jahren ergangene gesetzliche Anordnung denkbar ist, noch der in der nur gedachten § des Mandats v. 19. Februar 1827 ersichtliche Zusatz wegen Beobachtung des Dogma der katholischen Kirche in Ehesachen, welches mit der in den Proceßgesetzen vorgeschriebenen Form der Publication der Erkenntnisse offenbar in keinen Conflict kommen konnte, hier irgend eine Abweichung von den lediglich formalen Vorschriften der Erl. P. O. als zulässig darstellen kann."

„Nach allem diesen läßt sich nicht annehmen, daß das Decret des katholisch-geistlichen Consistorii an und für sich habe in Rechtskraft übergehen können, und es konnte daher der Umstand, daß der dermalige Kläger innerhalb der 10tägigen Frist kein Rechtsmittel dagegen eingewendet hat, gegen denselben nicht geltend gemacht werden."

Es würde daher der Referent der Mittheilung derjenigen Momente und Rechtssätze überhoben sein, welche gegen die materiellen Bestimmungen jenes Decrets sprechen, wenn nicht ihre Erörterung indirect dadurch nothwendig herbeigeführt würde, daß Beklagte die Ausflucht vorgeschützt haben: es habe Kläger mit der Erblasserin wissentlich eine solche Ehe abgeschlossen, die wegen eines noch bestehenden Ehebandes und des vorausgegangenen Verbots Seiten der competenten geistlichen Behörde ungiltig sei, als in welcher Hinsicht, wenigstens wegen des ersteren Grundes, nach dem Gesetze [14]) die Ausflucht auch ohne Beibringung einer rechtlichen Entscheidung auf Annullirung der Ehe noch jetzt zu beachten wäre. Die Beklagten adoptirten sonach die in dem Decrete des kath. Consistorii ausgesprochene Ansicht und begründeten dieselbe ebenfalls dadurch, daß sie die Behauptung aussprachen, es sei die Ehe der Erblasserin mit Schneidern für noch bestehend zu achten gewesen, als der Kläger mit ihr

---

14) Mandat, wegen der Erbfolge ꝛc., vom 31. Jan. 1829. § 95. (Gesetz-S. S. 53.)

sich verehelicht habe, indem diejenigen Momente, auf deren Grund das protestantische Ober-Consistorium die Annullation der Schneider'schen Ehe ausgesprochen habe, nach katholischem Kirchenrechte nicht als ausreichend erschienen, und daher der Kläger, welcher als Katholik den Bestimmungen dieses Rechts unterworfen sei, zur Eingehung der Ehe mit der Erblasserin bei Schneider's Lebzeiten, ohne sich der Bigamie schuldig zu machen, nicht berechtigt gewesen. — Allein auch diese Ausflucht wurde als unbegründet und durch die Acten widerlegt angesehen.

„Zuvörderst hat die Erblasserin selbst in der von ihr bei dem katholisch-geistlichen Consistorium eingereichten Klage auf Annullation ihrer Ehe mit dem Kläger ex capite doli (wie oben wörtlich bereits mitgetheilt worden ist) ausdrücklich anerkannt, daß ihre vorige Ehe mit Schneider'n nicht blos geschieden, sondern als ungiltig aufgehoben, und daß daher in dieser Beziehung nach katholischem Kirchenrechte der jetzige Kläger an der Verehelichung mit ihr durch ein noch bestehendes Eheband nicht behindert gewesen sei. Abgesehen auch von der Verbindlichkeit dieser Erklärung der Erblasserin für deren Erben, geht doch entschieden so viel daraus hervor, daß die Erblasserin und der Kläger durch die mittels Erkenntniß des competenten Ehegerichts ausgesprochene Eheannullirung der Schneider'schen Ehe, zumal da diesem noch das von beiden Ehegatten bei der höchsten Behörde ausgewirkte Dispensationsrescript hinzutrat, vollbegründeten Anlaß zu der Ueberzeugung davon erhalten hatten, es sei die Schneider'sche Ehe nicht blos geschieden, sondern annullirt, mithin auch für den der katholischen Confession angehörenden Kläger das gesetzlich [15]) anerkannte impedimentum ligaminis nicht vorhanden."

Was nun aber die wichtigere Argumentation betrifft, auf welcher das Decret selbst beruht, so reducirt diese sich kürzlich auf folgende Sätze: daß ein Katholik sich mit einer Protestantin, deren frühere Ehe aus einem nach katholischem Kirchenrechte nicht hinreichenden Grunde annullirt worden, nicht verheirathen dürfe, daß ferner die Gründe, aus welchen die Schneider'sche

---

15) Mand. v. 19. Febr. 1827. § 62. (GS. v. 1827. S. 26.)

Ehe von der protestantischen Behörde annullirt worden, nach katholischem Kirchenrechte nicht ausreichend seien, den Ehebund null und nichtig zu machen, und sonach der Verheirathung des Meyer mit der Schneider bei Lebzeiten Schneider's das **impedimentum ligaminis** als ein zerstörendes und nach den Grundsätzen des katholischen Kirchenrechts für indispensabel geltendes Hinderniß entgegengestanden habe, dergestalt, daß das katholische Consistorium, welches nach § 23. des Mand. v. 27. Febr. 1827 bei seinen Entscheidungen die Dogmen der katholischen Kirche in Obacht zu nehmen habe, die Meyer'sche Ehe nicht anders als für ungiltig ansehen konnte [16]).

Hiergegen wurde im Wesentlichen Folgendes bemerkt: „Auch nach den Grundsätzen der katholischen Kirche wird bekanntlich im Allgemeinen der Unterschied der Nichtigkeitserklärung einer Ehe wegen eines bereits vor Eingehung derselben vorhanden gewesenen, erst später entdeckten zerstörenden Ehehindernisses und die Scheidung einer an sich giltig geschlossenen anerkannt, und erstere zwar dergestalt, daß die frühere Ehe als gar nicht geschlossen angesehen wird, während die letztere, die Scheidung vom Bande, nicht als zulässig anerkennt, vielmehr im äußersten Falle, ohne das Band der Ehe aufzuheben, nur auf immerwährende Trennung von Tisch und Bette beschränkt wird und mit Ausnahme des Todesfalls des einen Ehegatten die Aufhebung einer Anfangs giltigen Ehe und der Abschluß einer zweiten ehelichen Verbindung nur bei Ablegung des feierlichen Gelübdes der Enthaltsamkeit, sofern die Ehe noch nicht consummirt ist oder der andere Theil einwilligt [17]), verstattet ist. Da-

---

16) Von den Beklagten war auch noch erinnert worden, daß Meyer den nach § 48. des Mand. v. 19. Febr. 1827 vorgeschriebenen Eid bei Auswirkung der Dispensation nicht geleistet habe und ebenso wenig mit einem Integritätszeugnisse versehen gewesen sei. Allein, wenn dieses der Fall sein sollte, so würde es nur die Einleitung eines Disciplinarverfahrens gegen den Geistlichen, welcher die Trauung vollzogen hat, durch die competente Behörde nach sich ziehen, auf die Giltigkeit der Ehe selbst aber, wenn derselben sonst andere materielle Gründe nicht entgegenstehen, keinen Einfluß äußern können.

17) Cap. 2. 14. X. de convers. matr. (III. 32.) Grolmann, a. a.

gegen folgt aus der Eheannullirung wegen eines bereits bei Eingehung derselben vorhanden gewesenen zerstörenden Hindernisses auch nach den Grundsätzen der katholischen Kirche von selbst, daß beide Theile sich anderweit verheirathen können" [18]).

Auch das vaterländische Mandat vom 27. Febr. 1827 entscheidet in dem gegebenen Sinne, und wir sind daher, um so mehr, als auf das gemeine Recht nur in subsidium auch bei Entscheidung von Ehestreitigkeiten zurückgegangen werden soll, einer Erörterung der hier einschlagenden Bestimmungen desselben überhoben. — „Die in § 62. des angezogenen Mandats enthaltene Vorschrift nämlich, welche das Aufgebot und die Trauung katholischer Glaubensgenossen mit geschiedenen Ehegatten evangelischen Bekenntnisses, so lange der andere geschiedene Ehegatte lebt, verbietet, kann nach allgemein anerkanntem juristischen Sprachgebrauche nur auf die Rechtsform der Scheidung, wie sie nach protestantischem Kirchenrechte, nicht aber nach katholischen Glaubenslehren statthaft ist, keineswegs aber auf den Fall der Eheannullirung bezogen werden. Ist aber sonach den katholischen Glaubensgenossen die Verehelichung mit Protestanten, deren frühere Ehe annullirt worden, nicht verboten, sondern gestattet [19]), so kann auch den katholischen Behörden auf keine Weise das Recht zugestanden werden, nach den Gründen, aus welchen protestantische Ehegerichte die frühere Ehe des protestantischen Ehegatten annullirt haben, zu forschen, noch weniger die Entscheidungen derselben einer verfassungsmäßig ihnen gar nicht zustehenden Prüfung zu unterwerfen. Ein solches Befugniß würde offenbar ein Befugniß der Kirche, zerstörende Ehehindernisse festzusetzen, voraussetzen, und sonach einen Anspruch auf selbstständige gesetzgebende Gewalt im Staate enthalten, welche der Kirche auf keine Weise zukommt [20]), so wie

---

D. § 241. S. 276. Wiese, a. a. O. Bd. II. S. 684. Dabelow, Grundsätze des allgem. Eherechts. § 271. S. 154.

18) Frey, krit. Comment. über d. Kirchen-R. III. § 322. S. 607. Wiese, a. a. O. § 292. II. S. 691. Eichhorn, a. a. O. S. 460.

19) Weber, a. a. O. S. 1298.

20) Mühl, Kirchenrecht f. Kathol. u. Protest. § 68. S. 310 fg. Müller, Lexicon des Kirchenrechts.

im Allgemeinen auch ein verfassungsmäßiger Rechtsspruch von jedem Dritten im Staate anerkannt werden muß, sobald er in Rechtskraft übergegangen ist, und so lange nur von den Rechten der Parteien, wegen deren er gegeben worden, gegen einander die Frage ist. Endlich können aus dem Dogma der katholischen Kirche von der Unauflöslichkeit des Ehebandes in bürgerlicher Hinsicht nur dann Verbindlichkeiten hervorgerufen werden, wenn diese Sätze durch Gesetze sanctionirt sind, wogegen bloße Meinungen katholischer Theologen und Rechtsgelehrten keine die Staatsangehörigen verbindende Norm, besonders da, wo es auf verbotene Handlungen ankommt, abgeben können."

Bei dieser Incompetenz des kath. Consistorii und obiger Widerlegung der seiner Entscheidung zu Grunde liegenden Hauptansicht bedarf es keiner weiteren Erörterung darüber, ob denn die in den Entscheidungsgründen aufgestellte Behauptung, daß die Schneider'sche Ehe aus einem Grunde annullirt worden sei, der nach den Glaubenslehren der katholischen Kirche kein Nullitätsgrund sei, in den Rechten vollständig begründet sei. Es ist nur so viel zu bemerken, „daß die Lehrer des Canonischen Rechts übereinstimmend mit denen des gemeinen Kirchenrechts [21]) und gestützt auf den Satz, daß ein unverschuldeter, durch Irrthum herbeigeführter Mangel der Einwilligung die Nichtigkeit der Ehe zur Folge habe [22]) und für einzelne Fälle gegebene Entscheidungen [23]) das Princip anerkennen, daß zur Annullirung der Ehe ein wesentlicher Irrthum (error substantialis) hinreiche und erfordert werde. Die Canonisten haben daher un-

---

Thl. II. S. 264 fgg. — Dieses wurde auch von dem h. Justiz-Ministerium in einer dießfalls erlassenen Verordnung anerkannt.

21) Wiese, a. a. O. Thl. II. § 273. S. 618. § 276. S. 626. Böhmer, princ. jur. canon. § 348. 384. Dabelow, Grundsf. d. allgem. Ehe-R. § 276. S. 157. Glück, Erl. d. P. XXII. § 1193. S. 431 fg. XXVI. S. 26. Eichhorn, a. a. O. S. 352 fgg. Grolmann, a. a. O. § 233. S. 267. Walter, a. a. O. § 318. S. 578. Sauter, l. l. § 271. Thl. II. S. 225. Frey, a. a. O. III. § 194 fgg. S. 336 fgg. Andr. Müller, l. l. III. s. v. Irrthum. S. 232 fgg.

22) caus. 29. qu. 1.

23) X. IV. 1. cap. 26. X. IV. 9. cap. 2. 4.

ter den Begriff des error substantialis außer den im Canonischen Rechte ausdrücklich bezeichneten noch verschiedene andere Fälle, wie z. B. ein begangenes Verbrechen, eine bleibende Gemüthskrankheit gebracht [24]) und kommen wenigstens darin überein, daß die Beantwortung der Frage, wenn ein Hauptirrthum anzunehmen sei, wesentlich in das Ermessen des Richters schon nach Canonischem Rechte gestellt sei" [25]).

Was endlich die am Schlusse der Entscheidungsgründe herausgehobene zweite Ursache, weßhalb die Meyer'sche Ehe nicht giltig sei, anbetrifft, daß nämlich Meyer von Seiten des katholischen Pfarramts zu X—. von dem seiner Trauung mit der Züchner entgegenstehenden Hindernisse in Kenntniß gesetzt worden sei, so wurde auch dieser Entscheidungsgrund, abgesehen davon, daß ein legales Zeugniß darüber, daß das gedachte Pfarramt Meyern demgemäß beschieden, nicht in den Acten vorhanden, nicht als ausreichend gefunden, nach der ausdrücklichen Vorschrift des Canonischen Rechts: **„non est tamen conveniens, ut ob id solum (sc. interdictum ecclessiae) sacramentum conjugii dissolvatur** [26]).

Die dermaligen Beklagten, in Vormundschaft des eingesetzten Universalerben der Meyer, haben gegen den Anspruch des Klägers ferner noch die Einrede erhoben, daß die Ehe außerdem noch wegen der von dem Kläger absichtlich herbeigeführten Täuschung der Erblasserin über des ersteren Vermögensverhältnisse als ungiltig zu betrachten sei. Allein auch diese Ausflucht wurde verworfen. „Das Erbfolgegesetz [27]) nämlich geht von der Regel aus, daß der überlebende Ehegatte auf den ihm als solchem zukommenden Erbtheil nur dann, wenn die Ehe vor dem Tode der Erblasserin rechtskräftig annullirt oder geschieden worden sei, keinen Anspruch zu erheben habe, ertheilt jedoch den Verwandten oder anderen Erben des verstorbenen Ehegatten ausnahmsweise das Befugniß, auch ohne Bezugnahme auf eine

---

24) Walter, S. 578. Müller, S. 233.

25) Eichhorn, S. 354. Walter, a. a. O.

26) X. IV. 16. c. 2.

27) Mand. v. 31. Jan. 1829. §§ 91. 92. 95. verb. mit §§ 85. 88. (GS. S. 52. 53.)

rechtskräftig ausgesprochene Nichtigkeitserklärung oder Scheidung dem überlebenden Ehegatten das Erbrecht zu entziehen, unter Anderem in dem Falle, wenn

1) der Verstorbene bereits bei Lebzeiten auf Annullation der Ehe,

2) wegen eines die Nichtigkeit der Ehe herbeiführenden Betrugs geklagt, und

3) das competente Ehegericht darauf eine Aussöhnung vergebens gesucht habe, indem das Gesetz diesen Fall dem der förmlichen Enterbung aus einer gesetzlich dazu ausreichenden Ursache gleichstellt."

„Darüber, daß die Erblasserin am 1. April 1833 bei dem katholisch-geistlichen Consistorium zu Dresden einen Antrag auf Annullation ihrer Ehe mit dem Kläger angebracht und diesen Antrag darauf gestützt hat, daß der Kläger sie bei Eingehung der Ehe über seine Vermögensumstände wesentlich und absichtlich getäuscht habe, ist kein Zweifel. Die Beklagten haben nun aber, daß auf diese Klage und von dem katholischen Consistorio eine Aussöhnung zwischen beiden Ehegatten versucht worden sei, nicht einmal zu behaupten vermocht, sondern sich vielmehr auf den am 21. November 1836 zwischen denselben vergeblich abgehaltenen Sühneversuch (dessen Ref. in der Geschichtserzählung bereits gedacht) bezogen. Allein dieser Sühneversuch ging nicht von dem katholischen Consistorio aus, noch weniger bezog er sich auf die von der Testatrix bei dieser Behörde eingereichte Klage." Das Consistorium verfügte ja ohne Gehör und rechtlich Verfahren der Parteien ohne Weiteres die Aufhebung der Ehe, erklärte hierbei ausdrücklich, daß es des Antrags der Klägerin nicht bedürfe, wies sonach mittels Resolution denselben a limine judicii ab, und die Klägerin hat fortwährend bei dieser Resolution Beruhigung gefaßt und sich auf dieselbe bezogen.

„Der am 21. November 1836 bei dem Appellationsgerichte zu — abgehaltene Sühnetermin erfolgte dagegen nicht auf die von der Testatrix bei dem katholischen Consistorium erhobene Annullationsklage ex capite doli, sondern auf den Antrag des klagenden Meyer, seine Ehefrau, welche sich

von ihm getrennt und nach Z. begeben hatte, zur Rückkehr und Fortsetzung der Ehe mit ihm anzuhalten. Da nun nach dem bestimmten Inhalte des Erbfolgegesetzes § 88. der überlebende Ehegatte anders nicht, als wenn darauf, nämlich auf den wegen Betruges erhobenen Annullationsantrag der Verstorbenen, das competente Gericht die Aussöhnung vergebens versucht hat, für enterbt angesehen werden soll, bei den gesetzlichen Vorschriften aber, wodurch Ausnahmen von der gesetzlichen Regel und insonderheit Enterbungsursachen angeordnet werden, eine ausdehnende Erklärung gänzlich unstatthaft erscheinen würde, so kann die angezogene Bestimmung des Erbfolgegesetzes auf den darin nicht speciell erwähnten, hier vorliegenden Fall, wo der Sühneversuch nicht auf die von der Erblasserin erhobene Annullirungsklage vergebens erfolgt ist, ausdehnend keineswegs angewendet werden."

Aber auch abgesehen hiervon, so ist „der Inhalt jener von der Erblasserin erhobenen Klage nicht von der Beschaffenheit, daß er zu einer Nichtigkeitserklärung führen könnte." „Denn der dem jetzigen Kläger beigemessene Betrug reducirt sich darauf, daß derselbe die Erblasserin hinsichtlich seiner Vermögensverhältnisse getäuscht habe." Das Ober-Appellationsgericht bemerkte unter Bezugnahme auf Kori, Erört. pract. Rechtsfragen. III. Ausg. 2. XVI. S. 131, dabei, daß es, in Betracht, daß das Vermögen des einen oder des anderen Ehegatten an sich nicht ad substantialia matrimonii gehört, bis jetzt den Grundsatz festgehalten habe, daß, wenn die falschen Vorspiegelungen nicht von der Beschaffenheit gewesen seien, daß sich nachher gefunden, der Ehemann sei nicht vermögend gewesen, die Ehefrau standesmäßig zu ernähren, daraus eine Nichtigkeit der Ehe nicht abgeleitet werden könne. Hiervon enthält nun die angezogene Klage nichts, konnte auch kaum davon etwas enthalten, da die Erblasserin ihr gesammtes nach der Verlassenschaftsspecification zur standesmäßigen Erhaltung ausreichendes Vermögen zur eigenen Disposition und Benutzung sich vorbehalten und selbst die Bestreitung der Haushaltungskosten übernommen hatte."

Von den von den Beklagten vorgeschützten Einreden wurde

nur diejenige berücksichtigt und zum Beweise ausgesetzt, welche von ihnen darein gesetzt wurde, daß die Erblasserin einen bedeutenden Theil ihres Vermögens bei dem Creditwesen ihres Mannes eingebüßt und mindestens 36000 Thlr. bei ihm zu fordern habe. Jedoch wurde hierbei in den Entscheidungsgründen des hohen Ober-Appellationsgerichts noch bemerkt: „Ist zu Hebung eines Concurses ein wirkliches pactum remissorium eingegangen worden, jedoch nur außergerichtlich und ohne ausdrücklichen Vorbehalt des Nachforderungsrechts, so fällt das letztere nach den Grundsätzen des Sächsischen Rechts hinweg [28]). Wenn dagegen von Beklagten behauptet wird, daß bei der bloßen Compensation, als welche nach **D. de comp. fr. 6.** auch auf Forderungen gehe, die auf einer natürlichen Verbindlichkeit beruhen, auf den Unterschied, ob ein gerichtlicher oder außergerichtlicher Accord eingegangen worden, nicht zu achten sei, so wird dabei übersehen, daß die Anwendung jenes Princips voraussetzt, daß keine Novation dazwischen getreten sei, die in einem **pacto remissorio** liegt, indem sonst die Nachforderung aus einem außergerichtlich und ohne Vorbehalt eingegangenen Accorde, auch wenn sie nur auf dem Wege der Compensation geschieht, durch die Einrede des Transacts, wodurch auch die natürliche Verbindlichkeit aufgehoben wird, ausgeschlossen wird" [29]).

Das in zweiter Instanz gesprochene und in der dritten bestätigte Erkenntniß lautet nun so:

In ꝛc. erkennt das K. S. AG. zu — ꝛc.
daß die in dem von Cl. P. M., vorher verehelicht gewesenen S., geborenen Z. am 30. August 1834 bei den Gerichten zu R. übergebenen Testamente mit gänzlicher Uebergehung des dem Kläger, ihrem Ehegatten, gebührenden Pflichttheils, erfolgte ausschließliche Erbeinsetzung Fr. Th. S.'s insoweit für Recht beständig nicht zu achten, daher die Beklagten dem Kläger von der Verlassenschaft der gedachten M. den vierten

---

28) Curtius, Handb. d. im K. S. geltenden Civil-R. Thl. IV. Abth. 2. § 1708. Note e. S. 442 d. 2ten Ausg. u. die das. angez. Schriftsteller.

29) **D. de compensat. fr. 14.**

Theil nebst den vom dreißigsten Tage [30]) nach dem Ableben der Erblasserin an erhobenen und zu erheben gewesenen Nutzungen, mittels richtiger Specification herauszugeben schuldig, es könnten und wollten denn Beklagte die vorgeschützte Ausflucht der Gegenforderung ꝛc. wie Recht erweisen, solchenfalls ergeht dießfalls weiter, was Recht ist.

---

30) Es ist ein bekannter Satz, daß der malae fid. possessor die fructus percipiendos zu erstatten schuldig ist D. de her. pet. fr. 20. § 6. fr. 25. § 2., und daß die mala fides auf Seiten des Besitzers einer Erbschaft zu der Zeit eintritt, quo quis scit, a se peti. D. eod. fr. 20. § 10. — Der schon früher vom Kläger auf die Erbschaft geltend gemachte Anspruch ward den Beklagten bereits am 21. Mai 1837 (dem 7ten Tage nach der Testatrix Tode) durch die vom Gerichte erfolgte abschriftliche Zufertigung des klägerischen Antrags bekannt gemacht, auch von ihnen darüber eine Erklärung abgegeben. Allein, da dieser Tag in die Zeit bis zum 30sten nach dem Tode der Erblasserin fiel, so wurde nach dem gemeinen Sächsischen Rechte dieser 30ste Tag als Anfangspunkt bestimmt. Auffallend war es daher, daß die Beklagten die Anwendbarkeit dieser ihnen nur vortheilhaften Bestimmung des Sachsenspiegels (I. 20. 22. 33. III. 15.) bestritten.

II.

(Ueber die Verbindlichkeit eines Richters, welcher fahrlässigerweise eine wahrheitswidrige Angaben enthaltende Cessionsurkunde confirmirte und Consens in Translation der Hypothek ertheilte, dem Cessionar den diesem dadurch erwachsenden Schaden zu ersetzen.)

Vor dem J. A. X. hatte B. v. G. eine auf Bezahlung von 4130 Thlrn. 23 Gr. 4 Pf. nebst den von dem darunter begriffenen Hauptstamme an 1200 Thlrn. vom 24. October 1823 an zu berechnenden Verzugszinsen gerichtete Klage erhoben.

Es sind nämlich zunächst A. R., als vormaliger Stadtrichter zu Z., als Beklagter, dann Benjamin F. S., als gewesener erster A. beim StG. daselbst, als Mitbeklagter, ferner die Mitglieder des erwähnten StG. nach dessen Zusammensetzung im Monat September 1828, namentlich der damalige Stadtrichter R., der Vice-Stadtrichter E. und der Actuar T., ingleichen die im Mai 1828 gewesenen Mitglieder des StR. zu Z. und resp. deren Erben, und endlich die Commun zu Z. als Mitbeklagte aufgeführt.

Unter Antrag des Eides ist zu Begründung dieser Klage Folgendes vorgebracht worden. Besage eines zwischen J. G. M., als Verkäufern, und dessen Sohne C. L. M., als Käufern, am 22. September 1827 und am 26. October gedachten Jahres abgeschlossenen und gerichtlich bestätigten Kaufes habe Ersterer sein Haus und Gartengrundstück um 10000 Thaler an Letzteren verkauft, auf diese Kaufsumme 2000 Thlr. ältere hypothekarisch versicherte Kapitalsposten überwiesen, über 3000 Thlr. bezahltes Angeld quittirt und 5000 Thlr. als unbezahlte, mit vorbehaltener und annotirter Hypothek versehene Kaufgeld gegen $4\frac{1}{2}$ % jährliche Verzinsung zu fordern behalten. Im Anfange des Monats August 1828 habe Carl Ludwig M. Klä-

gerin um Vorstreckung eines Darlehns von 1200 Thlrn. ersucht, indem sein Vater von dem Kaufgelderrückstande an 5000 Thlr. ihm diesen Betrag gekündigt und sich bereitwillig erklärt habe, deßhalb nicht nur jura cessa zu ertheilen, sondern auch mit den von diesen 5000 Thlrn. ihm sonach noch verbleibenden 3800 Thlr. dem Darleiher der 1200 Thlr. in der Priorität nachzutreten und überhaupt wegen dieser 1200 Thlr. nebst Zinsen sich als Bürge und Selbstschuldner zu verpflichten. Klägerin habe sich bereit erklärt, diesem Gesuche M.'s, des Sohnes, unter diesen ebenerwähnten Bedingungen, und dafern der angegebene Hypothekenstand des gedachten Grundstücks durch die betreffende Behörde als wahr und richtig attestirt, auch der obrigkeitliche Consens in Uebertragung der beregten Hypothek ausgesprochen, überhaupt das beabsichtigte Cessions-, Agnitions- und Verbürgungsgeschäft gerichtlich und gehörig confirmirt würde, zu entsprechen. Von M., dem Sohne, sei ihr darauf eine Abschrift seines Kaufbriefes und die Originalien der gerichtlich und obrigkeitlich bestätigten Cessions-, Agnitions- und Verbürgungsurkunden überbracht worden. Gegen Ausantwortung dieser Urkunden habe Klägerin durch ihre Mutter zu Ende des Monats September 1828 die gedachten 1200 Thlr. an M., den Vater, auszahlen lassen, indem jene Documente ausdrücklich besagten, daß Cedent annoch 5000 Thlr. beim Schuldner zu fordern habe und er den cedirten 1200 Thlrn. mit den ihm sodann noch verbleibenden 3800 Thlrn. nachtrete, so wie daß debitor cessus des Cedenten ursprüngliche Forderung von 5000 Thlrn., in Betreff der davon abgetretenen 1200 Thlr. aber die Cessionarin als alleinige Eigenthümerin dieser Summe anerkannt, ferner daß das StG. zu Z. als competente Behörde das ganze Geschäft mit dem Hinzufügen:

„daß sich die Wahrheit und Richtigkeit der cedirten Schuldforderung aus der angezogenen Kaufsurkunde ergebe, auch sonst ein Bedenken nicht obgewaltet habe",

bestätigt und in die Translation der Hypothek consentirt habe.

Seit dem October 1829 habe sie, Klägerin, ihren Schuldner, den jüngeren M., ausgeklagt, und es sei in Verfolg dieser Klagsache Concurs zu genannten M.'s Vermögen eröffnet worden,

wobei sie wegen ihrer Forderung an Capital, Zinsen und Kosten nur mit 1 Gr. 2 Pf. zur Perception gelangt sei, weil M., der Vater, bereits am 1. März 1828 unter Einräumung eines Prälationsrechts 3000 Thlr. von jenen 5000 Thlrn. unbezahlter Kaufgelder mit Consens des StG. zu Z. vom 19. März 1828 an seinen zweiten Sohn F. M. abgetreten gehabt habe. Die Cessionsurkunde, welche M., der Vater, an Klägerin unterm 25. August 1828 ausgestellt habe, enthalte sonach eine offenbare Unwahrheit, woraus folge, daß von dem StG. zu Z. actenwidrig die Wahrheit und Richtigkeit der cedirten Schuldforderung versichert und ein betrügliches Geschäft, ohne vorgängige pflichtmäßige Prüfung der Kauf- und Handelsbücher, unbedenklich confirmirt worden sei.

Die Ausklagung des Bürgen habe der Klägerin nur zu 77 Thlrn. 16 Gr. 6 Pf. an reiner Zahlung verholfen und alle Aussicht auf Befriedigung durch denselben sei mit dessen im Juni 1832 erfolgten Tode verschwunden, indem zu dessen ganz unbedeutendem Nachlasse der erbschaftliche Liquidationsproceß eröffnet worden sei.

Klägerin berechnet hierauf speciell ihren erlittenen, bereits Eingangs erwähnten Schaden und fordert dessen Ersatz von sämmtlichen Beklagten in solidum, da sie nur durch die in der Confirmationsurkunde bewirkte obrigkeitliche Versicherung zur endlichen Abschließung des Cessionsgeschäfts und Auszahlung des Capitals der 1200 Thlr. vermocht worden sei. Jeder, der durch Vorbedacht oder Fahrlässigkeit einem Anderen einen Schaden zufüge, sei aber zu dessen Ersatze verbunden. Bei collegialisch eingerichteten Behörden seien sämmtliche Beisitzer derselben die einzelnen Amtshandlungen ihrer Collegen, ferner jede Corporation, insbesondere die Stadträthe, ihre einzelnen Deputationen und jede Commun als Mandantin ihre Stadträthe als Mandatarien zu vertreten schuldig.

Die sämmtlichen Beklagten und Mitbeklagten ließen sich auf diese Klage in getrennten Sätzen ein. Es bewirkten nämlich der Vice-Stadtrichter R., der Stadtschreiber S., der Bürgermeister B. und die Commun zu Z. die Litiscontestation in der Maße, daß sie einräumten:

a) M., der Vater, habe unterm 25. August 1828 der Klägerin von denjenigen 5000 Thlrn. Capital, welche er als unbezahlte Kaufgelder hypothekarisch auf dem Gartengrundstücke seines Sohnes, C. L., zu fordern habe, 1200 Thlr. abgetreten und ihr deßhalb ein Vorzugsrecht vor den ihm verbleibenden 3800 Thlrn. eingeräumt, der debitor cessus aber diese Abtretung agnoscirt und das StG. zu Z. unter R.'s und S's Unterschrift dieses Geschäft am 26. September 1828 mit Translationsconsens versehen und mit der Versicherung confirmirt, daß sich die Wahrheit und Richtigkeit der cedirten Schuldforderung aus der Kaufsurkunde ergeben und sonst ein Bedenken nicht obgewaltet;

ferner, daß jedoch b) derselbe M., der Vater, schon am 1. Mai 1828 den Betrag von 3000 Thlrn. an seinen älteren Sohn F. von denselben 5000 Thlrn. unter Einräumung eines Vorzugsrechts vor den noch verbleibenden 2000 Thlrn. abgetreten und dasselbe StG. diese Cession confirmirt und mit Translationsconsens versehen gehabt hat;

ingleichen daß c) zu K. L. M.'s Vermögen der Concurs ausgebrochen ist und Klägerin dabei nur 1 Gr. 2 Pf. percipirt hat, dagegen die Forderung F. M.'s fast vollständig zur Befriedigung gelangt ist;

endlich d), daß von J. G. M., der nunmehr verstorben, Klägerin nur 77 Thlr. 16 Gr. 2 Pf. nach Abzug der aufgewendeten Kosten erlangen können.

Im Uebrigen leugneten dieselben den Inhalt der Klage, oder beantworteten solchen mit Nichtwissen.

Ganz in ähnlicher Maße haben die übrigen Mitbeklagten litem contestirt.

Sämmtliche Beklagte schützen die Einrede der gänzlich oder in der angebrachten Maße und noch zur Zeit unstatthaften Klage vor, bestritten insbesondere die solidarische Verbindlichkeit.

Die Facultät erkannte:

Als Uns der JA. zu D. Acta B. v. G., Klägerin an einem, Aug. R. und F. B. S., Beklagte am anderen, K. B. B. und J. G. T., Mitbeklagte am dritten, C. Chr. D. und Bl.

benannte Consorten, Mitbeklagte am vierten, den Stadtrath zu Z., als Vertretern der dasigen Commun, Mitbeklagte am fünften Theile betreffend, nebst einer Frage zugesendet ꝛc.

Und hat der Klägerin Suchen, insoweit es auf Erfüllung einer solidarischen Verbindlichkeit gegen Beklagte und Mitbeklagte am anderen, dritten, vierten und fünften Theile gerichtet ist, immaßen es angebracht, es hat auch dasselbe, insofern es überhaupt gegen erwähnte Mitbeklagte gerichtet ist, noch zur Zeit nicht Statt, es ist auch Klägerin den Letzteren die durch diesen Proceß erwachsenen Unkosten zu erstatten schuldig. Würden nun Beklagte den ihnen angetragenen und angenommenen Haupteid dahin: daß, wie sie nicht anders wissen, auch glauben und dafür halten, die Klägerin das in Frage befangene Capital der 1200 Thlr. nicht erst, nachdem ihr die Cessions- und Agnitions-, auch Verbürgungsurkunde vom 26 September 1828 vorgelegt worden, an Johann Gottlob M. ausgezahlt habe oder auszahlen lassen, — nach der Klägerin vorgehendem Gefährdeeide schwören, solchenfalls sind sie von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen, und werden die auf Seiten der Klägerin und Beklagter erwachsenen Proceßkosten gegen einander aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin hat von sämmtlichen Beklagten und Mitbeklagten solidarische Befriedigung wegen des ihr angeblich verursachten Schadens gefordert. Dieses Verlangen wird jedoch von den Rechten nicht unterstützt. So viel nämlich Beklagte angeht, so hat Klägerin nicht behauptet, daß dieselben oder das Z—er Stadtgericht überhaupt bei der fraglichen Confirmation und Consensertheilung einen dolus sich zu Schulden gebracht haben. Nur aber, wenn ein dolus vorliegt, sind die Schuldigen solidarisch zum Schadenersatze verbunden.

fr. 7. D. de mag. conven. XXVII. 8.
fr. 11. pr. D. ad municipalem L. 1.
Kori und von Langenn, practische Erörterungen. Theil II. Abhandl. 3.
Valett, Lehrbuch des Pandectenr. § 636.
Schweppe, das römische Privatr. § 757. ed. IV.

Noch viel weniger, als Beklagte, können die sämmtlichen Mitbeklagten solidarisch in Anspruch genommen werden; es folgt dieß aus dem vorher Gesagten von selbst. Es sind aber auch die Mitbeklagten insgesammt wenigstens noch zur Zeit nicht in Anspruch zu nehmen gewesen. So viel nämlich Mitbeklagte am anderen Theile betrifft, hinsichtlich welcher die Klage, in Berücksichtigung, daß Klägerin selbst über die Art der Concurrenz dieser Mitbeklagten bei dem Geschäfte ungewiß ist, schon wegen Allgemeinheit und Unbestimmtheit zurückgewiesen werden sollte, so mögen sie nun den Beklagten die Bestätigung des fraglichen Cessionsgeschäfts in Folge der Verfassung des Z—er Stadtgerichts, oder auch ohne Rücksicht auf diese überlassen haben, gleichviel, sie können wegen einer Fahrlässigkeit der Beklagten nur subsidiarisch in Anspruch genommen werden.

cit. fr. 11. pr. D. ad municip.
fr. 1. § 9. D. de mag. conven. c. 1. C. XI. 35.
Hommel, rhaps. obs. 601.
Kori und v. Langenn a. a. O.

Die letzten Schriftsteller nehmen sogar mit Bezug auf das **cit. fr. 7. D. de mag. conv.** an, daß aus Geschäften, welche dem ganzen Collegium obliegen, ohne schlechthin die Concurrenz aller Mitglieder zu erfordern, die dabei nicht unmittelbar concurrirenden Mitglieder nur dann, wenn sie die pflichtwidrige Handlung wissentlich geschehen ließen, die sie hätten hindern können, zum Schadenersatze verbindlich seien.

Die zum Nachweise einer solidarischen Verbindlichkeit angezogenen Stellen:

(fr. 11. pr. fr. 25. D. ad municip.)

beziehen sich nur auf den Fall, daß alle Mitglieder des Collegiums das Geschäft ungetheilt, gemeinschaftlich besorgt haben.

Vergl. Glück, Commentar. Th. IV. § 339. p. 518.

Noch entfernter als die Verbindlichkeit der Mitbeklagten am dritten Theile zum Schadenersatze liegt die der Mitbeklagten am vierten Theile, welche die Mitglieder des Stadtgerichts zu Z. gewählt haben sollen. Für deren erst subsidiarische Verbindlichkeit spricht ganz deutlich

c. 2. C. quo quisque ordine conveniatur.

Dieselbe Stelle spricht auch zu Gunsten der Mitbeklagten am fünften Theile, und es kann daher die Frage, ob überhaupt eine städtische Gemeinde für Deckung des Schadens, welcher durch pflichtwidrige Handlungen der städtischen Behörde entstanden ist, zu haften schuldig sei, füglich auf sich beruhen.

Vergl. Kori und v. Langenn a. a. O.
Allgemeine Städteordnung vom 2. Febr. 1832. § 22. 28. (Gesetzs. v. d. J. p. 25. 26. 27.)

Hiergegen ist die Klage insoweit rechtsbegründet, vorausgesetzt, daß deren einzelne Theile entweder schon in rechtliche Gewißheit gesetzt sind, oder wenigstens solches noch werden, als Beklagte der Klägerin zum Ersatze des behaupteten Schadens pro rata gehalten sind. Diese Ersatzverbindlichkeit erstreckt sich auch auf die von Klägerin bei Ausklagung des Schuldners und des Bürgen, sowohl bei Verfolgung des Anspruchs im Concurse des Ersteren verwendeten Unkosten, indem vorausgesetzt, daß die Klägerin wirklich in Folge der in Frage befangenen Handlungsweise der Beklagten zu Eingehung des Cessionsgeschäfts mit den beiden M. verleitet worden sei, allerdings sich annehmen läßt, daß die Klägerin, wenn Beklagte das Hypothekenverhältniß sachgemäß in der Urkunde angezeigt gehabt hätten, das Geschäft nicht würde abgeschlossen haben. Diese Verleitung muß aber noch erwiesen werden, wogegen alle andere zu Begründung der Klage gehörige Umstände bereits genügend in's Klare gesetzt sind. Nach Inhalt der als richtig anerkannten Urkunden, Kostenliquidationen und geleisteten Zugeständnisse haben Beklagte eine Cession J. G. M.'s, worin dieser der Klägerin 1200 Thlr. Kaufgelder von denjenigen 5000 Thlrn. Grundstückkaufgeldern, welche er damals hypothekarisch bei seinem Sohne C. L. M. zu fordern gehabt haben will, abgetreten und ihr mit dieser Summe einen Vorzug vor den ihm verbleibenden 3800 Thlrn. eingeräumt, ferner eine Agnition dieser Abtretung Seiten des jüngeren M. von demselben Tage, Gerichtswegen angenommen und dieses Geschäft unter Ertheilung des Consenses zur Translation der Hypothek mit der ausdrücklichen Versicherung confirmirt, daß sich die Wahrheit und Richtigkeit der cedirten Schuldforderung aus der Kaufurkunde (worin des

älteren M. Forderung aufgeführt ist) sich ergeben und sonst ein Bedenken nicht obgewaltet. Später hat sich ergeben, daß der ältere M. bereits die Summe von 3000 Thlrn. von jenen 5000 Thlrn. ebenfalls unter Einräumung eines Vorzugs vor den noch verbleibenden 2000 Thlrn. seinem älteren Sohne F. M. gerichtlich und zwar vermittels der von den jetzigen Beklagten selbst ausgesprochenen Confirmation abgetreten, mithin zur Zeit, als er der Klägerin 1200 Thlr. cedirt, nicht mehr die vollen 5000 Thlr., sondern blos noch 2000 zu fordern gehabt.

Es ist sodann das der Hypothek verhaftete Grundstück C. L. M. auf das Andrängen mehrerer Gläubiger nothwendig subhastirt, und es ist die Subhastation in Folge der Vereinigung mehrerer Gläubiger, namentlich auch der Klägerin auf einen der Veräußerung von Grundstücken günstigeren Zeitpunkt verlegt worden.

Nichtsdestoweniger ist der Ausfall der Veräußerung gering gewesen, es ist Concurs zu letzterwähnten M.'s Vermögen eröffnet und beendigt worden, die Klägerin hat sich dabei gemeldet, sie hat nicht minder den bald nachher verstorbenen J. G. M. in Anspruch genommen, sie hat jedoch von Beiden nicht mehr als 77 Thlr. 16 Gr. 2 Pf., nach Abzug der aufgewendeten gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten, erlangen können, während F. M. den bei Weitem größeren Theil der ihm cedirten 3000 Thlr. aus seines Bruders Concurse gerettet hat.

Alles dieß ist aus den obenangezogenen Actenstellen klar. Die Klägerin hat auch später in der Replik durch gerichtliches Attest beigebracht, daß sie aus dem Concurse des inzwischen ebenfalls banquerout wordenen J. G M. ihrer Anmeldung unerachtet nicht das Mindeste habe erlangen können. Mit diesem allerdings immer noch zeitig genug herbeigeschafften Atteste hat sich jeder Zweifel an der Rechtsbeständigkeit der Klage, welchen Beklagte aus deren Worten, daß durch resolvirte Eröffnung des Concurses zu genannten M.'s Nachlasse alle Hoffnung weiterer Befriedigung verschwunden sei, entnehmen wollen, gehoben.

Daß nun aber Beklagte eine Fahrlässigkeit, und zwar eine nicht geringen Grades, sich haben zu Schulden kommen lassen, indem sie das von J. G. M. ihnen vorgetragene Cessionsge-

schäft, dessen offenbare Gefährde ihnen mit Hinsicht auf die kurz vorher schon geschehene Abtretung von 3000 Thlrn. an den anderen M. bei Aufmerksamkeit auf ihr Geschäft nicht entgehen konnte, ohne Weiteres mit der oben hervorgehobenen Versicherung bestätigt, der Klägerin aber das wahre Verhältniß nicht eröffnet haben, kann füglich nicht bezweifelt werden, wenn man den Zweck des Hypothekenwesens und die Obliegenheiten der dabei concurrirenden Behörden richtig aufgefaßt. Es muß dem Staate daran gelegen sein, darüber zu wachen, daß die Gläubiger durch wiederholte Verpfändung desselben Grundstücks nicht betrogen werden, daß vielmehr jeder Zeit das Hypothekenverhältniß hinsichtlich der einzelnen Grundstücke klar vorliege und jedem Interessenten mitgetheilt werden könne. Wollte man ein Anderes annehmen, so würde die vorzüglichste Stütze des Credits der einzelnen Unterthanen und des ganzen Staats untergraben. Die von Klägerin angezogenen Sächs. Gesetze weisen ebenfalls darauf hin.

Der Richter ist daher schon **ex officio nobili** verpflichtet, bei der Hypothekbestellung, wie bei der Cession, darauf zu sehen, daß dem Gläubiger gerade das Recht, welches er sich sichern will, auch gewährt werde, und die Frage zu beantworten, ob denn auch wirklich die versprochene Sicherheit vorliege.

Vergl. Anweisung zu Abfassung rechtl. Aufsätze. Leipzig 1786. Th. 1. Hauptabth. III. Hauptst. 5. § 58 ff.

Puchta, Entwurf einer Ordnung des Verfahrens in den Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. § 70 fg. jct. 130. Erlangen 1824.

Puchta, Handbuch des Verfahrens in Sachen der freiwill. Gerichtsbarkeit. Th. I § 72 fg. II. § 151 fg. 173 fg. 267 fg. ed. II. Erlangen 1831.

Zwischen Verität und Bonität der Forderung ist dabei, wie doch Beklagte wollen, gar nicht zu unterscheiden, es ist vielmehr festzuhalten, daß gerade dieser Anspruch in der beschriebenen Extension nach Quantität und Qualität cedirt werden sollen. Der Richter muß dieß untersuchen, wenn er auch nicht von den Parteien deßhalb angegangen wird. Anders ist auch die von den Parteien öfterer citirte Abhandlung von **Kind, quaest. for. Tom. III. c. 23. ed. II.** nicht zu verstehen, und

es bleibt blos zu bemerken übrig, daß in dieser Stelle die Worte: „si creditori inquirenti ac interroganti hypothecas jam constitutas haud aperuerit", blos beispielweise angezogen sind und überdieß die inquisitio ac interrogatio creditoris, welche Beklagte ganz ohne Grund auf das Verlangen eines Hypothekenscheins beschränken wollen, stillschweigend in der Vorlegung des Cessionsgeschäfts zur Confirmation enthalten ist.

Die in der fraglichen Cessionsurkunde enthaltene Versicherung, daß die Wahrheit und Richtigkeit der cedirten Forderung aus der Kaufurkunde hervorgehe, läßt sich von Beklagten gar nicht rechtfertigen, denn entweder zeugt sie von einer Unordnung im Hypothekenwesen, nach welcher die schon früher an F. M. bewirkte Cession nicht zum Kaufe nachgetragen worden ist, oder sie läuft, wenn eine solche Annotation in der That vorgenommen worden ist, dem Kaufe geradehin entgegen.

Mindestens liegt demnach eine Fahrlässigkeit der Beklagten vor, deren Folgen die Klägerin keineswegs dadurch auf sich selbst übergetragen hat, daß sie in Verlegung der Subhastation auf einen, derselben günstigen Zeitpunkt gewilligt hat, denn es sind mit dieser Verlegung, wozu ja auch das Z—er Stadtgericht selbst die Zustimmung gegeben haben muß, die Rechte der Beklagten in keiner Weise beeinträchtigt worden.

Unter diesem Verhältnisse beruht der Ausgang gegenwärtigen Streites blos noch auf dem Nachweise des Umstandes, daß die Klägerin auch wirklich durch den Inhalt der fraglichen Urkunde zu endlicher Eingehung des Cessionsgeschäfts bewogen worden sei, als zu welchem Zwecke die Darlegung der erst bei oder nach Production der Urkunde erfolgten Zahlung des Cessionsquantums genügt. Zu diesem Nachweise muß die Klägerin gelassen werden, wenn schon der Cedent in der Cessionsurkunde bereits den Empfang bekannt hat, und nachdem die Zahlung früher als die Ausantwortung der Urkunden an die Klägerin erfolgt sein soll. Denn diese Bekenntnisse sind von einer dritten Person geschehen, wodurch der Klägerin nicht präjudicirt wird, und überdieß ist eine im Voraus geleistete Quittung eine sehr gewöhnliche Erscheinung im Geschäftsleben. Es

ist dagegen aber auch dieser Nachweis zum Erfolge der gegenwärtigen Klage unerläßlich, weil, wenn gleich der Behauptung der Klägerin, daß sie auch bei anticipirter Zahlung Grund zur Regreßklage haben würde, unter gewissen Verhältnissen reichlich beizustimmen wäre, dennoch die Klägerin alsdann die Regreßklage ganz anders als die vorliegende einrichten müßte.

Nun hat die Klägerin über diesen noch nachzuweisenden Punkt den Eid angetragen, und Beklagte haben diesen ausdrücklich angenommen; es hat daher auf Leistung desselben, jedoch weil er einen, nicht von den Beklagten ausgegangenen Umstand betrifft, nur de credulitate erkannt und unter der Voraussetzung, daß der Eid geschworen wird, die Entbindung der Beklagten von dieser Klage ausgesprochen werden müssen.

Die liquidirten Ausfertigungskosten, deren Betrag Klägerin zu hoch findet, haben blos um den berechneten Ausfall wegen Nichtbeachtung des gesetzlichen Schreibemaßes herabgesetzt werden können, da im Uebrigen die Ansätze der Taxordnung gemäß eingerichtet sind, und insbesondere der Citation des Beklagten allerdings Abschrift der Klage nebst deren Beilagen, zumal, wenn auch auf letztere Antwort gefordert wird, beigefügt werden muß,

Biener, syst. proc. § 57. not. 4.
Pfotenhauer, doctr. proc. part. II. § 273. ed. II.
Kori, Theorie des bürgerl. Proc. § 67.

was nothwendig auch dann, wenn mehrere Personen selbst als Litisconsorten belangt werden, bei den einzelnen Beklagten zu beobachten ist, weil sie nicht genöthigt werden können, sich gemeinschaftlich und namentlich durch einen gemeinschaftlichen Anwalt zu vertheidigen.

Aus diesen Gründen haben Wir, wie geschehen, allenthalben billig erkannt.

Auf eingewendete Appellation erkannte hierauf das Appellationsgericht zu Dresden:

Und ist es bei dem vorgedachten Urthel insoweit, als darin der angetragene Haupteid auch dem, als einen der Beklagten am anderen Theile aufgeführten, Mitbeklagten am dritten Theile auferlegt und er nur unter der Bedingung der Leistung des-

selben von der erhobenen Klage entbunden und losgezählet, eben dieser Eid aber Beklagtem nur in der Maße zuerkannt und zur Bedingung seiner Lossprechung gemacht, endlich der Klägerin Suchen gegen Mitbeklagte am vierten und sechsten Theile theils angebrachtermaßen, theils zur Zeit für unstatthaft geachtet und ihr die Erstattung der denselben verursachten Unkosten auferlegt worden, nicht zu lassen, sondern es hat der Klägerin Suchen wider Mitbeklagten am dritten Theile schlechterdings nicht statt, sie ist auch demselben die verursachten Unkosten, nach deren vorgängigem Ansatze und richterlicher Ermäßigung, zu seinem Antheile zu erstatten verbunden; hingegen Beklagter, sowohl Mitbeklagte am vierten und sechsten Theile, Letztere durch drei oder vier ihres Mittels, welchen die beßte Wissenschaft von der Sache beiwohnet, und welche Klägerin zu benennen hat, den angetragenen Haupteid über den .. Abschnitt der Kriegsbefestigung in der Maße: „daß, so viel sie wissen, auch glauben dafür halten, Klägerin nicht erst nach der von Seiten des Stadtgerichts zu Z. am 26. September 1828 bewirkten Confirmation der Bl. ersichtlichen Cession, sondern bereits vorher an J. G. M. das Capital der 1200 Thlr. auszahlen lassen", nach der Klägerin vorgängigem Eide vor Gefährde zu schwören schuldig, und dafern sie solchen Eid leisten, von der erhobenen Klage zu entbinden und loszuzählen. Im Uebrigen ist mehrgedachtes Urthel, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, und werden die durch die eingewendeten Rechtsmittel allerseits entstandenen Unkosten gegen einander aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

Die Beurtheilung der vorliegenden Sache beruht auf Beantwortung, ob die in der Klage angeführen Thatsachen geeignet sind, für diejenigen Personen, welche deßhalb überhaupt Verantwortlichkeit treffen kann, eine solche zu erzeugen, und ob die von Klägerin in Anspruch genommenen Personen solcher Verantwortlichkeit unterliegen.

Die erste Frage muß ungeachtet alles dessen, was Beklagter und Mitbeklagte dagegen eingewendet haben, bejaht werden. Zwar ist darin kein Verstoß gegen die Wahrheit zu finden, daß in der Bl. ersichtlichen Urkunde bezeugt ist, es habe die

Wahrheit und Richtigkeit der cedirten Schuldforderung von 1200 Thlrn. sich ergeben. Denn damit ist nur so viel gesagt, daß der Cedent M. an dem Schuldner C. L. M. wirklich so viel mit hypothekarischem Rechte auf dessen Hause zu fordern habe. Es räumt nun aber Klägerin selbst ein, daß des Ersteren solchergestalt versicherte Forderung damals wirklich noch 2000 Thlr. betragen habe. Allein in der gedachten Cession ist zugleich ausdrücklich gesagt, daß die 1200 Thlr. „von denjenigen 5000 Thlrn., welche Cedent an dem ernannten Schuldner zu fordern habe", abgetreten würden, und er von den ihm von diesen 5000 Thlrn. annoch verbleibenden 3800 Thlr. der Cessionarin ein Vorzugsrecht zugestehe.

Obgleich nun diese Angabe eine offenbare Unwahrheit war und Cedent von diesen 5000 Thlrn. bereits 3000 Thlr. mit dem Vorzugsrechte abgetreten hatte, so findet sich doch von dieser früheren vor dem Stadtgerichte zu Z. confirmirten Cession in der gedachten Confirmationsurkunde über die Cession von 1200 Thlrn. an Klägerin nicht nur keine Erwähnung, sondern es heißt auch darin ausdrücklich, „daß sonst ein Bedenken dabei nicht obgewaltet habe." Darnach konnte und mußte denn Klägerin den ganzen Inhalt der Cession, und mithin auch die Angabe, daß Cedent noch 5000 Thlr. zu fordern gehabt, für wahr und gegründet annehmen. Es wurde ihr also dadurch eine in der That nicht vorhandene Sicherheit vorgespiegelt. Daß es nun Pflicht der confirmirenden Gerichtsbehörde ist, dergleichen bei einiger Sorgfalt von ihr nothwendig zu bemerkende Entstellungen der Wahrheit zu verhüten, kann nicht zweifelhaft sein, da es aus dem Zwecke der im Kaufs- und Hypothekenwesen gesetzlich eingeführten Confirmation und des Consenses der Obrigkeit von selbst folgt.

cf. Kind, qu. for. T. III. c. 23. p. 102. ed.

Sie ist also auch für hierin verhängte Fahrlässigkeiten verantwortlich und dem dadurch Beschädigten zum Schadenersatze verpflichtet.

Wenn aber Jemand auf solche falsche Vorspiegelungen seine Einwilligung zu einem Geschäfte giebt, so müssen diese Vor-

spiegelungen auch als Beweggründe der Einwilligung betrachtet werden, und derjenige, der ihn damit hintergangen hat, kann sich mit dem Vorwande, daß jener ohnedieß auch eingewilligt haben würde, nicht schützen, wenn er nicht beweisen kann, daß dieses geschehen sein würde.

L. 57. D. de O. et A. 447.
L. 116. D. de R. J. 50. 17.
L. 15. D. de jurisd. 2. 1.
L. 8. c. de jur. et f. ignor. I. 18.

Es kommt also blos darauf an, ob die Klägerin den Betrag des cedirten Capitals erst dann hat auszahlen lassen, als ihr die erfolgte Bestätigung des betrüglichen Geschäfts bekannt worden ist. Die Klage enthält nun zwar dieses nicht mit ausdrücklichen Worten, aber doch solche Thatsachen, welche auf dasselbe hinauskommen. Denn es heißt darin, daß sie die Auszahlung gegen Ausantwortung der Confirmationsurkunde vollzogen habe. Daß jedoch dieses sich nicht ganz so verhalte, ist von Beklagtem und Mitbeklagten allerdings wahrscheinlich gemacht worden. Klägerin hat nämlich a. a. O. in der Klage selbst zugestanden, daß die Auszahlung schon gegen Ende Septembers 1828 erfolgt sei; dagegen entsteht aus dem beigebrachten gerichtlichen Zeugnisse eine starke Vermuthung dafür, daß ihr die Confirmationsurkunde erst an oder nach dem 29. October desselben Jahres ausgeantwortet worden sei. Indeß hat diese Vermuthung offenbar nicht so viel Gewicht, daß Beklagte deßhalb mit dem angetragenen Eide verschont werden könnten; denn es hat nicht bezeugt werden mögen, daß von dem Gebrauche, die Urkunden nur gegen Bezahlung der Gerichtskosten herauszugeben, beim Gericht zu Z. in keinem Falle und unter keinen Umständen abgewichen worden. Da es aber offenbar ganz gleichgiltig ist, ob Klägerin die Kenntniß von der geschehenen Confirmation durch die Ausantwortung (oder, was einerlei ist, Vorlegung) der Urkunde oder auf andere Weise erlangt hat, sobald sie nur dazu gelangt ist, bevor sie das Geld ausgezahlt, so hat es angemessen geschienen, den zu leistenden Eid nicht auf jene an sich einflußlose Thatsache, sondern auf diesen allein wesentlichen Umstand zu richten, und insofern das

vorige Erkenntniß auf der Klägerin dritte und Beklagtens, so wie Mitbeklagter sechste Beschwerde abzuändern.

Dagegen war kein Absehen zu richten auf der Klägerin Anführen, daß auch dann, wenn sie das Geld vor erfolgter Confirmation ausgezahlt hätte, doch die ihren Anspruch begründende Verantwortlichkeit nicht schlechterdings wegfallen würde, mithin auch darauf nichts weiter ankomme, vielmehr condemnatorisch zu sprechen gewesen sei. Denn, wenn gleich die Richtigkeit ersterer Bemerkung nicht durchaus in Abrede gestellt werden kann, so müßten doch, um eine Verbindlichkeit der confirmirenden Behörde zum Schadenersatze unter solcher Voraussetzung annehmen zu können, noch viel andere Thatsachen nachgewiesen sein, welche den Verlust der Klägerin auf andere Weise als Folge des libellirten Versehens bei der Confirmation erscheinen ließen, welche aber in der Klage gänzlich fehlen. Es müßte namentlich angeführt sein, daß die Klägerin im September 1828 die bereits früher dargeliehenen 1200 Thlr. zurückzufordern Willens gewesen, aber durch die in Rede stehende Cession, sie länger stehen zu lassen, bewogen worden, daß aber auch M. jun. im September 1828 noch zahlungsfähig gewesen, und erst während der ihr auf solche Weise abgelockten Gestundungsfrist in materielle Insolvenz verfallen sei. Von allem diesen ist in der Klage keine Spur, vielmehr widerspricht das Anführen, daß Klägerin gegen Ausantwortung der Urkunde das Geld ausgezahlt habe, der Annahme dieser Umstände geradezu.

Was nun die zweite der im Eingange aufgestellten Fragen betrifft, so ist unstreitig das Stadtgericht zu Z. die Behörde, welche die fragliche Confirmation und Consensertheilung beschlossen und bewirkt hat. Dieß geht aus der Unterschrift der Urkunde und aus dem Zugeständnisse hervor. Daher müssen aber auch alle, die zu der fraglichen Zeit als ordentliche Mitglieder dieses Collegium oder diese Deputation des Gerichts zu Z. gebildet haben, für diesen Beschluß verantwortlich sein, wiewohl ihnen die Rechtswohlthat der Theilung nicht zu versagen ist, da ein dabei zum Grunde gelegener dolus weder von Klägerin angeführt worden, noch präsumirt werden kann,

vielmehr nur Fahrlässigkeit als Grund ihrer Haftung gelten muß.

Leyser, spec. 533. med. 7.

Nun ist aber durch das Zugeständniß des Beklagten und der beiden Mitbeklagten am vierten Theile in Gewißheit gesetzt, daß diese drei Personen damals das Gericht zu Z. gebildet haben. Daher kann die Ansicht der Verfasser des vorigen Erkenntnisses, daß die Verantwortlichkeit der beiden letzteren nur subsidiarisch und principaliter nur Beklagter, als praeses des Gerichts zu Z., verbindlich zu achten sein, nicht gebilligt werden.

Leyser a. a. O. med. 10 — 13.

Ebenso wenig kann man es aber billigen, daß der Mitbeklagte am dritten Theile von eben denselben als gleicher Verantwortlichkeit mit Beklagtem unterliegend betrachtet worden ist. Demselben kann, als Actuarius, was er nach der Unterschrift und der Klägerin eigenem Anführen blos gewesen, gar kein Antheil an der Cognition und dem gefaßten Beschlusse des Gerichts zugeschrieben werden. Es war also auf der Klägerin erste und der Mitbeklagten vierte Beschwerde das vorige Urthel in beiden Hinsichten abzuändern und einerseits der erkannte Eid in gleicher Maße, wie Beklagtem, auch den Mitbeklagten am vierten Theile aufzuerlegen, andererseits aber Klägerin mit ihrem Suchen gegen Mitbeklagten am dritten Theile schlechterdings abzuweisen. Denn, daß aus der bloßen Formalität der Unterschrift durch den Stadtrichter und Actuarius kein Grund hervorgenommen werden kann, Ersteren vorzugsweise vor seinem Collegen und Letzteren in gleicher Maße mit ihm für das, was Beide im Namen des Gerichts zu Z. unterzeichnet, verantwortlich zu achten, das bedarf kaum der Erinnerung. Dabei hat denn Klägerin, so viel Mitbeklagten am dritten Theile betrifft, wegen des völligen Ungrunds ihrer Ansprüche an denselben zu Erstattung der ihm verursachten Unkosten verurtheilt werden müssen.

Ebenso ist das vorige Urthel auch in demjenigen, was darin wegen der Mitbeklagten am sechsten Theile erkannt worden, abzuändern gewesen. Denn zu der Zeit, wo das libellirte Ver-

sehen bei Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu Z. vorgefallen ist, war der Stadtrath zu Z. Inhaber dieser Gerichtsbarkeit.

Leyser, spec. 67. med. 14. spec. 68. med. 9.

Es ist aber in der Praxis allgemein anerkannt, daß der dominus jurisdictionis (wenn man auch den Stadtrath blos als solchen und nicht als eine, die Gerichtsbarkeit selbst ausübende Corporation betrachten wollte) für alle Handlungen des Verwalters seiner Gerichtsbarkeit principaliter haftet und derjenige, welcher durch Pflichtwidrigkeiten des Letzteren leidet, sich sofort, ohne diesen erst auszuklagen, an den Gerichtsherrn halten kann.

Schaumburg, Einleit. in die sächs. Rechte. 3te Aufl. S. 1251.
Biener, syst. proc. § 26. in f.

Die Verbindlichkeiten nun, die dem vormaligen Stadtrathe, als einer moralischen Person, obgelegen haben, sind, da derselbe in dieser Eigenschaft zu bestehen aufgehört hat, mit dem ihm zuständig gewesenen Kämmereivermögen, welches nach § 22 ff. der allgemeinen Städteordnung gegenwärtig der Stadtgemeinde zusteht, nothwendig auf diese übergegangen, und eben dieses muß also auch von der Verantwortlichkeit für die Vernachlässigungen derer gelten, welche in damaliger Zeit die Gerichtsbarkeit im Namen des Stadtraths verwaltet haben. Auch die Stadtcommun zu Z. oder der sie vertretende dermalige Stadtrath ist demnach von Klägerin mit Recht in solidum in Anspruch genommen worden, und es mußte daher Letzterem ebensowohl als Beklagtem und den Mitbeklagten am vierten Theile die Leistung des über die Klage angetragenen Eides auferlegt werden.

Dagegen ist das vorige Urthel in Ansehung desjenigen, was darin wegen der Mitbeklagten am fünften Theile erkannt worden, überall zu bestätigen gewesen. Denn die einzelnen Mitglieder eines Collegiums haften für Fehler, die Andere ihrer Collegen in den denselben übertragenen Geschäften begangen haben, persönlich nur in subsidium und nach vorgängiger Ausklagung der eigentlich Schuldigen, wovon nur in dem einzigen Falle eine Ausnahme stattfindet, wenn die anderen Mitglieder

um den Fehler gewußt und ihn dolose befördert oder doch nicht verhindert haben.

L. 1. § 9. D. de magist. cons. 27. 8.
Hommel, rhaps. obs. 601. No. 14. 15.
v. Langenn und Kori, Erörterungen. Th. II. S. 41.

Klägerin hat aber den Mitgliedern des vormaligen Rathscollegiums nicht einmal eine culpa beizumessen vermocht, sondern zu Begründung ihres solidarisch gegen sie mit gerichteten Anspruchs nichts, als den ganz unzureichenden Umstand, daß Beklagter und die Mitbeklagten am vierten Theile von ihnen zu Mitgliedern des Ger. zu Z. gewählt worden, vorzubringen gewußt. Sie ist also mit Recht, wie geschehen, abgewiesen und zur Kostenerstattung verurtheilt worden.

Was endlich das zweite Gravamen der Klägerin anlangt, so läßt sich nicht behaupten, daß das Gericht erster Instanz gesetzwidrig gehandelt habe, indem es von der Klage und deren Beifugen so viele Anschriften anfertigen und den Beklagten behändigen ließ, als Personen klagend in Anspruch genommen waren. Gebietet gleich kein Gesetz ausdrücklich, daß dieß geschehe, so ist es doch der allgemein bekannten Praxis ganz angemessen, und Klägerin konnte also wohl vom Anfange voraussehen, daß dieses Verfahren werde eingeschlagen werden. Es wäre daher ihre Sache gewesen, in Zeiten auf Beschränkung dieser abschriftlichen Zufertigung anzutragen, und sie hat es nur sich selbst zuzuschreiben, daß sie dieses unterlassen und somit in das gewöhnliche Verfahren stillschweigend gewilligt hat.

Die beiderseits eingewendeten Appellationen und der für die Klägerin gegen das vorige Erkenntniß theils günstigere, theils ungünstigere Inhalt des gegenwärtigen rechtfertigen die rücksichtliche Compensation der Kosten der Instanz und der Rechtsmittel.

Das OAG. bestätigte diese Entscheidung jedoch mit der Erklärung, daß statt der Worte „nach der von Seiten des Stadtgerichts zu N. am 26. September 1828 bewirkten Confirmation der Bl. ersichtlichen Cession" diese: „nach der an dieselbe von C. L. M. bewirkten Ausantwortung des Originals der von Seiten des Stadtgerichts zu Z. am 26. September 1828

erfolgten Confirmation der Bl. in Abschrift ersichtlichen Cession", in die Eidesnotul aufzunehmen.

Entscheidungsgründe:

Bei Entscheidung vorliegender Rechtssache kamen nachbemerkte Fragen in Erwägung:

A. Ist ein Richter, welcher eine, wahrheitswidrige Angaben enthaltende Cessionsurkunde confirmirte und Consens in Translation der Hypothek ertheilte, aus einer dabei von ihm begangenen Fahrlässigkeit dem Cessionar nach vergeblicher Ausklagung des debitoris cessi zum Schadenersatze verpflichtet?

B. Kann in gegenwärtigem Falle dem Richter, welcher die Confirmation der ausgestellten Cessions- und Agnitionsurkunden bewirkte und den Translationsconsens ertheilte, eine Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden?

C. Bedarf es dann noch der Leistung des über den ꝛc. Abschnitt der Einlassung angetragenen Eides oder kann sofort condemnatorisch erkannt werden, wenn eine Fahrlässigkeit der erwähnten Art unzweifelhaft vorhanden ist? und

D. Wer ist verbunden, das fragliche Delatum zu leisten?

Was nun die erste dieser Fragen unter A. anlangt, so ist damit zugleich die zweite derselben unter B. zu verbinden und zu beantworten.

Nicht in der Ertheilung des Translationsconsenses an sich kann ein Versehen des Stadtgerichts zu Z. angenommen werden, da M., der Vater, allerdings ein hypothekarisch versichertes Capital an Klägerin abgetreten hat. Unrichtig war jedoch das Anführen in der Cessions- und Agnitionsurkunde, daß Cedent annoch 5000 Thlr. hypothekarisch versichertes Capital bei seinem jüngeren Sohne zu fordern habe, daß er davon den Betrag von 1200 Thlrn. an Klägerin cedire, und daß er dieser letzteren Summe ein Vorzugsrecht vor den ihm sonach verbleibenden 3800 Thlrn. einräume, indem er von den ursprünglichen 5000 Thlrn. bereits am 1. März 1828, sonach 5 Monate früher, mit obrigkeitlichem Consense 3000 Thlr. an seinen älteren Sohn abgetreten und dieser Summe ein Prälationsrecht vor dem, ihm verbleibenden Reste an 2000 Thlrn. eingeräumt hatte. Das Anführen in den an Klägerin ausgestellten, späteren Urkunden

war sonach der Wahrheit entgegen. Indem das erwähnte Stadtgericht diesen unwahren Inhalt der Cessions- und Agnitionsurkunde als wahr und richtig bestätigte und versicherte, daß ein Bedenken dagegen nicht obwalte, ertheilte es aus Fahrlässigkeit eine Versicherung, welche entweder, wie wahrscheinlich ist, dem Inhalte der Kaufs- und Hypothekenbücher entgegen lief, oder (war die frühere Cession der ertheilten Versicherung erfolgter Eintragung ungeachtet in diese Bücher nicht eingetragen, und folglich die Bestätigung der wahrheitswidrig abgefaßten, an Klägerin ausgestellten späteren Cessions- und Agnitionsurkunden als richtig und der Wahrheit angemessen mit dem Inhalte gedachter Bücher übereinstimmend) auf einer, durch die unterlassene Eintragung der an den P. M. von dessen Vater unter Einräumung eines Prälationsrechts bewirkten Cession und des dazu ertheilten Consenses in die Kauf- und Hypothekenbücher schon vorher begangenen Fahrlässigkeit beruhte.

Zu Haltung von Consensbüchern und Ein- und Nachtragung der Hypotheken und Consense in selbige sind aber durch die

Erläut. Proceß-Ordnung ad tit. 39. § 10. ad tit. 42. § 7. ad tit. 45. § 1.

alle Obrigkeiten verbunden, damit der in der

23sten Constitution, Part. II.

ausgesprochene und in der

38sten Decision vom Jahre 1661.

wiederholt gedachte Zweck der vom Richter der gelegenen Sache zu ertheilenden Consense in Verpfändung von Immobilien sicher erreicht werde. Hielt nun der confirmirende und consentirende Richter kein Consensbuch oder dasselbe nicht in gehöriger Ordnung, so ist er für den daraus erwachsenden Schaden verantwortlich; hielt derselbe dieses Buch gehörig und bestätigte er Versicherungen und Cessionen als wahr und richtig, obgleich das Consensbuch das Gegentheil nachwies und nachweisen mußte, so ist derselbe ebenfalls für den dadurch entstandenen Schaden verantwortlich und zu dessen Vergütung gehalten.

Cf. Crell, Progr. de hypotheca saxonica consensu judiciali confirmata. Pag. 1348 sequ. Fasc. dissert 8. Num. 68.

Kind, Quaest. orens. Tom. 3. Cap. 23. pg. 98 sequ. Edit. II.

Hiermit stimmt auch

Carpzov, Jurisprud. for. ad Const. 23. Parte II. def. 26. 27.

für den Fall überein, daß der Richter versichert habe, hypothecam esse idoneam, weil sonst der Gläubiger das Geld nicht hergeliehen haben würde.

Eine Versicherung der Art liegt in der Bestätigung der Wahrheit und Richtigkeit des in der, an Klägerin ausgestellten Cession enthaltenen, schon erwähnten Anführens über den Betrag und Stand des dem Cedenten zu dieser Zeit annoch gehörigen Capitals. Und der Richter, der aus Fahrlässigkeit eine solche Bestätigung ertheilt, ist um so gewisser zur Vergütung des daraus dem Darleiher erwachsenen Schadens gehalten,

cf. Crell, l. l.

Griebner, Discurs ad Ord. proc. recog. Tit. 39. § 10.

als er für die Eintragung in's Consensbuch und Ertheilung der Confirmation und des Translationsconsenses honorirt wird.

Ad C.

In der Klage selbst ist angeführt, daß Klägerin nur unter der Bedingung, daß der angegebene Hypothekenstand des M. Grundstücks durch die Behörde als wahr und richtig attestirt werde, in das angetragene Darlehnsgeschäft gewilligt habe, und erst dann das Geld an den Cedenten von ihr durch ihre Mutter ausgezahlt worden sei, nachdem ihr die Urschriften der Cession, Agnition und obrigkeitlichen Confirmation derselben, auch Translationsconsense ausgeantwortet worden. Hierin liegt das Anführen, daß Klägerin lediglich durch die obrigkeitliche Bestätigung der Richtigkeit des in der Cessions- und Agnitionsurkunde enthaltenen Anführens bestimmt worden sei, das Geschäft durch Zahlung des Geldes zu realisiren. Zahlte Klägerin vor Ausantwortung beregter Urkunden, so ging sie von der gemachten Bedingung ab. Räumt sie diesen Umstand ein, oder wird durch Leistung des über die erst nach Ausantwortung (welche mit der bloßen Vorlegung oder der bewirkten Confirmation nicht gleichbedeutend ist) der obrigkeitlichen Confirmations- und Consensurkunde erfolgte Zahlung angetragenen Eides in Gewißheit gesetzt, daß schon vor dieser Ausantwortung gezahlt worden ist,

so erlangt die jetzt angestellte, auf beregten Umstand gestützte Klage ihre Erledigung.

Ob und inwieweit Klägerin eine anderweite Klage, und gegen wen dieselbe eine solche anstellen, und auf was sie ihren dießfallsigen Anspruch werde stützen können, liegt, wie auch bereits bemerkt worden, gegenwärtig nicht zur Entscheidung vor.

Bei dieser Lage der Sache waren die vorigen Erkenntnisse in dieser Beziehung zu bestätigen, jedoch die Eidesnotul genau nach den Worten der Klage einzurichten und hierbei auf den Umstand, ob die Zahlung Ende Septembers 1828 erfolgt sei, und auf den Brief und das Zeugniß kein Gewicht zu legen, weil eines Theils Alles nur darauf, ob die Zahlung vor oder nach Ausantwortung der Urkunden an Klägerin von der Letzteren bewirkt worden, nicht aber darauf, ob diese Zahlung Ende Septembers oder Octobers 1828 erfolgt sei, ankommt, anderen Theils das angezogene Zeugniß nur eine Schlußfolgerung enthält, folglich ungenügend ist, und jener Brief vom Schuldner an eine dritte Person geschrieben worden, folglich etwas gegen Klägerin nicht beweisen kann.

Ad D.

Im Allgemeinen ist zuvörderst zu erwähnen, daß Klägerin durchaus nicht irgend einen der Beklagten und Mitbeklagten des Begehens einer Argliſt bei Ertheilung der mehrgedachten Confirmation beschuldigt, sondern lediglich sich darauf geslützt hat, daß das Stadtgericht zu Z. hierbei in hohem Grade fahrlässig gehandelt habe. Allgemeiner Grundsatz und Regel ist es aber, daß dann, wenn Mehrere zugleich verbindlich sind, jeder derselben nur pro parte virili gehalten ist;

cf. l. 11. § 1 2.

cf. l. 12. pr. D. de duob. reis. (45. 2)

als Ausnahme von dieser Regel tritt Obligatio correalis, vermöge welcher jeder der Schuldner in solidum gehalten ist und auf das Ganze belangt werden kann, z. B. dann ein, wenn ein Dolus vorwaltet und hierin der Grund zur Verbindlichkeit Mehrerer liegt. Diesen Unterschied, ob culpa oder dolus der Obrigkeit den Grund der Verletzung und der Verbindlichkeit

zum Ersatze des hierdurch erwachsenen Schadens ausmachen, halten auch in Bezug auf die subsidiarische Klage gegen den Obervormund die Gesetze

cf. l. 7. D. de magistr. conv. (27. 8.)
cf. l. 3. C. eod. (5. 75.)

fest, und lassen die solidarische Verbindlichkeit der das Magistrats-Collegium bildenden Mitglieder nur im Falle doloser Handlungen eintreten.

Die Actio in factum adversus magistratum oder ex syndicatu ist nach Analogie der actionis tutelae subsidiariae adversus magistratum zu beurtheilen, indem diese utiliter gegen den Richter verstattet wird, der durch seine Handlungen z. B. bei Consensertheilungen ꝛc. Schaden zugefügt hat.

Cf. Lauterbach, Colleg. theoret. pract. pandectar. Lib. 27. Tit. 8. § 13.
Kind, l. l.

Gründet sich die Actio ex syndicatu nur auf eine culpa des Richters, so sind diejenigen, welche die Person des Richters vorstellen, keineswegs in solidum, sondern nur pro parte virili gehalten.

Cf. Lauterbach, l. l. § 7.
Böhmer, doctr. de actionib. Sect. 2. Cap. 6. § 27.

Nach diesen Grundsätzen und gegen die von Rivinus,

Disc. de culpa ab uno collegarum commissa a toto collegio praestanda,

vertheidigte Meinung, daß dann, wenn Mehrere die Person des Richters bilden, jeder in solidum gehalten sei, hat das vormalige Churfürstlich — dann Königl. Sächs. Appellationsgericht wiederholt erkannt, indem die

l. 11. D. ad municipal. (50. 1.)

mit dem Satze: „collegium magistratuum est individuum et periculum commune", keine Ausnahme von jener oberwähnten Regel bestimmt, sondern nur so viel anordnet, „daß dann, wenn Einer, welcher die Person des Richters mit bildete, unfähig ist, dessen Antheil von seinen zahlungsfähigen Collegen zu übertragen ist und auf diese Weise deren portio virilis sich erhöht."

Cf. Becker, Disc. an et quatenus collegium culpam ab uno al-

terove ex suis membris commissam praestare teneatur. Göttinг. 1741. § 39.

Hommel, Rhaps. quaest. obs. 601. Tom. 5. pag. 5. und Nr. 13.

Werden nun diese Grundsätze auf vorliegende Sache angewendet, so ergeben sich folgende Resultate:

a) Die Confirmationsurkunde, in welcher aus Fahrlässigkeit ein in den Cessions- und Agnitionsurkunden enthaltenes unwahres Anführen als unbedenklich und gegründet obrigkeitlich bestätigt worden, enthält im Eingange die Worte: „Richter und Beisitzer des StG. zu Z. urkunden und bekennen u. s. w.", und am Schlusse: „so haben wir die vorgetragene Cession confirmirt ꝛc. und hierüber diese Urkunde unter des verordneten Stadtrichters und Stadtschreibers Unterschrift, auch Vordruckung des Stadtgerichts-Siegels, vollzogen ausfertigen lassen."

Die drei Personen, welche geständiger Maßen das gedachte StG. gebildet haben, sind daher dann pro parte virili den der Klägerin durch diese Confirmationsertheilung erwachsenen Schaden zu vergüten gehalten, wenn sie den über den Grund der jetzt erhobenen Klage angetragenen und angenommenen Haupteid zu leisten nicht vermögen.

Die vorstehend ausgehobenen Worte der Confirmationsurkunde sind ganz deutlich darauf gerichtet, daß alle drei Personen, die zu jener Zeit das StG. bildeten, dabei concurrirt haben, weßhalb die in

l. 7. D. und l. 3. C. de magistr. conv.

enthaltene Regel, daß Alle, welche die Personen des Richters bildeten, zu ihren Antheilen den Schaden zu vergüten haben, unverändert Platz ergreift.

Schon deßhalb kann auf das eingereichte Zeugniß etwas nicht gesetzt werden, da es dem Inhalte der Confirmationsurkunde entgegenläuft, woraus zugleich folgt, daß die in diesem Zeugnisse angezogene Einrichtung auf einem Privatabkommen der einzelnen Mitgieder des Stadtgerichts beruht haben mag, welche aber weder von der vorgesetzten Behörde genehmigt, noch öffentlich bekannt gemacht worden ist, und sonach an dem Grundsatze, daß mehrere Individuen, welche die Person des Richters bilden, an der gemeinschaftlichen Be-

schlußnahme Theil nehmen sollen und eine mystische (moralische) Person ausmachen, etwas nicht zu ändern vermag, weil das jus publicum zum Nachtheile dritter Personen,

cf. l. 1. § 9. pr. D l. l.
cf. l. 55. D. de adm. et periculo tutor. (26. 7.)
cf. l. 2. C. de divid. tut. (5. 52.)

einseitig von denen, welche die Person des Richters bilden, nicht aufgehoben werden kann.

Cf. von Langenn und Kori, Erörterungen practischer Rechtsfragen. 2r Theil no. 3. S. 42 ffg.
Thibaut, System des Pandectenrechts. § 223.

Hierzu kommt aber auch noch, daß dieses Zeugniß erst nach der in zweiter Instanz erfolgten Entscheidung und zu Unterstützung der dagegen eingewendeten Appellation beigebracht worden ist, folglich nach § 17. des

Gesetzes vom 28. Januar 1835, die höheren Justizbehörden und den Instanzenzug in Justizsachen betr. (S. 66 der Gesetzsamml. v. J. 1835.)

gegenwärtig nicht beachtet werden kann.

b) Die Unterschrift des Act. und Stadtschreibers unter beregter Urkunde macht denselben zur Vergütung des aus der Confirmation erwachsenen Schadens nicht verbindlich, weil er Officiant, nicht Mitglied des StG. ist und nur auf Anordnung des StG. die Urkunde durch seine Namensunterschrift mit vollzogen hat. Daraus folgt, daß der Klägerin gegen Mitbeklagten S. gerichtetes Suchen in der angebrachten Maße unstatthaft ist und dieselbe die dadurch veranlaßten Kosten diesem Mitbeklagten ersetzen muß.

Schlechterdings unstatthaft ist aber dieses Suchen um deßwillen nicht, weil in einer neuen Klage ein Grund der Verbindlichkeit zum Schadenersatze, z. B. in der Weise angeführt werden kann, daß genanntem Mitbeklagten verfassungsmäßig die Haltung des Consensbuches obgelegen, er aber hierbei sich Fahrlässigkeiten zu Schulden kommen lassen, aus welchen der Grund zur fraglichen Confirmation zu entnehmen sei, oder, daß es in seinem Amte gelegen, bei Einreichung von Cessionen hypothekarischer Posten die Wahrheit der darin enthaltenen Angaben durch Vergleichung mit dem Consensbuche zu prüfen und hierüber sein Gutachten und Zeugniß auf den Grund des Inhalts

des Consensbuchs abzugeben, er jedoch aus irgend einem näher anzugebenden Grunde dieser seiner Pflicht beim fraglichen Geschäfte nicht genügt und dadurch die Confirmation desselben veranlaßt habe ꝛc.

c) Die Commun D. ist Gerichtsherr, in dessen Namen und Auftrage die Gerichtsbarkeit durch Stadtgerichte ausgeübt wird, als solcher hat sie aus ihrem Kämmereivermögen den Schaden zu ersetzen, welchen ihre, zu Verwaltung der Gerichte beauftragten Beamten aus Fahrlässigkeit einem Dritten zugezogen haben. Denn das Gericht stirbt nicht aus, und jede universitas kann durch ihre Beauftragten, welche in ihrem Namen handeln, insbesondere Gerichte verwalten, allerdings Dritte verletzen und in ihren Rechten schmälern, sei dieß nun durch wirkliche Handlungen oder Unterlassung der Anwendung der nöthigen Sorgfalt oder der sonst erforderlichen Maßregeln. Aus Verletzungen der Art erwächst der Commun eine Verbindlichkeit zum Schadenersatze, dergestalt, daß sie sofort, und ohne daß vorher die Beamten derselben, welche aus Fahrlässigkeit den Schaden veranlaßt haben, ausgeklagt werden müssen, vom Beschädigten auf Gewährung der Entschädigung aus dem Communvermögen belangt werden kann.

Cf. Leyser, Meditat. ad Pand. Spec. 68. Med. 9. Spec. 533. Med. 6.

Schaumburg, Einl. zum sächs. Rechte. 4r Theil. Exerc. II. § 5.

Geiger u. Glück, merkwürdige Rechtsfälle. 2r Bd. Num. 22. § 19. S. 98 fg.

Malblanc, Opuscul. ad jus crim. spectant. Pag. 24. § 8.

Biener, System. process. jud. § 26. in fine not. 9. edit. II.

Die vormaligen Stadträthe, als Repräsentanten der Commun und Vertreter des Kämmereivermögens, hatten die Verbindlichkeit auf sich, den aus Fahrlässigkeit von den von ihnen erwählten und deputirten Mitgliedern ihres Collegii dritten Personen zugefügten Schaden aus dem der Commun zugehörigen Vermögen zu vergüten. Dieses Vermögen gehörte nach § 24. der

Städte-Ordnung vom 2. Februar 1832.

der städtischen Commun, und nach Auflösung der alten und Constituirung der neuen Stadträthe werden die betreffenden Ge-

meinden nach § 135. der erwähnten Städteordnung von den letzteren vertreten.

Daraus folgt, daß die Mitglieder des vormaligen StR. zu Z. nur auf den Fall zur Vertretung des jetzt geklagten Entschädigungsanspruchs verbunden sind, wenn weder die das StG. zu Z. bildenden Personen noch das städtische Vermögen zu Z. dazu auslangen, um Klägerin zu entschädigen; ferner, daß der neue StR. in der erkannten Maße den angetragenen Eid leisten muß, weil in dem Falle, daß die Mitglieder des vormaligen Stadtgerichts zu Z. nach seiner Bildung den angetragenen Haupteid leisten, daraus nicht folgt, daß die Commun Z. von der jetzt angestellten Klage freizusprechen sei.

III.

Ist bei indossirten eigenen Wechseln die Anstellung der Wechselklage gegen die Aussteller von denselben Voraussetzungen abhängig, welche bei Klagen gegen die Ausgeber von Tratten und gegen die Indossanten von Wechseln beider Art zu berücksichtigen sind?

Am 2. Juni 1839 erhoben die unter der Firma: B. P. und Söhne zu T. handelnden Kaufleute B. P, G. P. und J. P. gegen die Fabrikanten A. E. zu L. bei dem Stadtgerichte zu L. folgende Klage:

Nach mehrerem Inhalte eines am 17. November 1836 ausgestellten und den 20. April 1837 zahlbaren Solawechsels schuldet der Herr A. E. zu L. die Summe von 392 Thlrn. 17 Gr. Louisd'or zu $5\frac{3}{4}$ Thlr., zahlbar bei Herrn G. u. B. in L., und dieser auf M. A. oder Ordre gestellte Wechsel wurde auf uns girirt. Als aber dieser Wechsel in dem Handlungscomptoir der Herren G. u. B. producirt wurde, so haben dieselben erklärt, daß sie diesen Solawechsel wegen Mangel Avis und Anschaffung nicht bezahlen, und ist wegen nicht erfolgter Bezahlung dieses Wechsels protestirt worden. Die Klagbitte war darauf gerichtet, den Beklagten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit nach Wechselrecht anzuhalten.

Der der Klage zum Grunde liegende Wechsel lautet nun, wie folgt:

L. den 17. Novbr. 1836. Pr. Rthr. 392. 17 gl. Ld'or $5\frac{3}{4}$.
Am zwanzigsten April Achtzehnhundert Sieben und Dreißig zahle ich gegen diesen meinen Solawechselbrief an den Herrn M. A. oder Ordre die Summe von Rthlr. Dreihundert Zwei

und Neunzig in Ld'or à $5\frac{3}{4}$ und 17 gl. Valuta habe ich richtig empfangen, leiste zur gesetzten Zeit prompte Zahlung, bei Verpfändung meines sämmtlichen beweglichen und unbeweglichen, gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens, begebe mich aller Exception und Ausflüchte der Vorausklage, Meß- und Marktfreiheiten, der Wechselverjährung, Wiederklage, Deposition, Appellation, Präscription und Moratorien, unterwerfe mich dem Leipziger Wechselrechte aller Orte und stehe für die Stempelstrafe.

Auf mich selbst

Aug. E—. Aug. E—

wo zur Verfallzeit sein werde.

Zahlbar bei Herren G. u. B. in L.

Im Fall bei Herren B. & C. für B. P. et S.

In tergo:

Für mich an die Ordre der Herren B. P. et S. Werth baar erhalten. T., den 25 Novbr. 1836.

Pr. M. A..

J. A.

Für uns an die Ordre der Herren S. B. den Werth in Rechnung. T., den 24. April 1837.

B. P. et S.

Für mich an die Ordre des Herrn Gottlieb H. den Werth in Rechnung. L., den 10. April 1837.

S. B.

Für mich an die Ordre der Herren Magret L. et S. Werth in Rechnung. L., den 10. April 1837.

Gottlieb H.

(Hier befand sich noch ein nicht zu lesender, durchstrichener zweizeiliger Name.)

Der Protest war auf Ersuchen der Herren Magret L. et S., da die Herren G. u. B. wegen Mangel Avis und Anschaffung nicht acceptirten, am 20. April 1837 durch einen Notar aufgenommen und von diesem noch bemerkt worden, daß die Herren B. & C. unter Protest zu Ehren und für Rechnung der Herren B. P. u. S. den Wechsel einlösen wollten.

Noch vor dem hierauf von dem Stadtgerichte anberaumten Termine erklärte der Beklagte, daß der fragliche Wechsel zwar von ihm ausgestellt, aber auch schon längst bezahlt und abgemacht worden und derselbe Wechsel sei, über welchen er sich am 15. April 1837 mit M. A. auf 105 Thlr. Pr. Cour. von Grund aus verglichen und die beigefügte Quittung von diesem erhalten habe. Diese Quittung lautet: Nachdem Herr Aug. E. den auf Herrn M. A. oder Ordre über Thlr. 392. 17 Gr. — = ausgestellten, den 20sten d. M. u. d. J. zahlbaren Wechsel dato vergleichsweise mit 105 Thlrn. Pr. C. gedeckt hat, so wird diese Wechselverschreibung als eingelöst anerkannt und cassirt. L., den 15. April 1838. C. M. A. — C. L., als Zeuge. Diese Quittung ist überdieß mit folgendem Zeugnisse des Stadtrichters versehen: „Bei diesem Vergleiche bin ich gegenwärtig gewesen. — Stadt-R." Der Beklagte führte an, daß, als M. A. Bezahlung des Wechsels gefordert, er glaubt, daß dieser in seinen Händen sich befinde, und ihn, M. A, für seinen Gläubiger gehalten, weßhalb er auch die Rückgabe des Wechsels zu fordern unterlassen. Im Uebrigen sehe er nicht ein, wie die Kläger in den Besitz des Wechsels gelangt seien und, wenn er selbst nach der Verfallzeit wiederum von den späteren Inhabern auf sie zurückgekommen sei, sie doch ihren Regreß lediglich an ihren Giranten zu nehmen hätten. Der Protest beweise nur, daß der Wechsel nicht zur Verfallzeit und nicht bei den Herren G. und B. bezahlt worden sei, allein er, der Beklagte, habe ihn eben und zwar vor der Verfallzeit bezahlt. Die Kläger hätten sich daher lediglich an M. A. zu wenden und von diesem Zahlung oder Restitution zu fordern; wahrscheinlich aber stünden die Kl. mit M. A., der sie von jenem Vergleiche gewiß in Kenntniß gesetzt habe, in Verbindung, und die Klage sei eine abgekartete Sache, ihn, den Bekl., in die Enge zu treiben, da er sich jetzt in besseren Vermögensumständen, als damals bei Abschluß des Vergleichs, (weßhalb sich auch M. A. zu einer so kleinen Abfindungssumme verstanden) befinde.

Das Stadtgericht trug unter diesen Umständen Bedenken, gegen den Bekl. nach Wechselrecht zu verfahren, und holte vielmehr ein rechtliches Erkenntniß von der Juristenfacultät zu Leip-

zig ein, welches die Klage angebrachtermaßen abwies aus ff. Gründen:

Und weil der Bl. erhobenen Wechselklage zwar keineswegs der Umstand entgegenstand, daß Bekl. sich, wie aus Bl. erhellet, mit M. A., welcher den der Klage zu Grunde gelegten Wechsel an Klägern girirt hat, verglichen und die Vergleichsumme an ihn bezahlt hat, immaßen der Wechselschuldner solche peremtorische Ausflüchte, welche ex persona indossantis herrühren, dem Indossatar mit Rechtswirkung keineswegs entgegensetzen mag,

Haubold, sächs. Recht. § 432.

dennoch diese Klage um deßwillen für gehörig begründet nicht zu achten, weil erstens zwischen den Klägern und Beklagtem noch ein Girant, eben der vorgenannte M. A., mitten inne liegt, an den Kläger sich zuvörderst zu halten, wenigstens Contraprotest bei ihm zu erheben verpflichtet gewesen, ehe sie Beklagten in Anspruch nehmen können,

Anh. zur E. P. O. § 14.
Treitschke, Encyclop. d. Wechselrechte. II. 320. 328.

sodann aber auch aus dem Bl. abschriftlich mitgetheilten Wechsel erhellt, daß die Kl. sothanen Wechsel an dritte Personen girirt, von denen derselbe wiederum indossirt worden, wogegen mit etwas nicht liquid gemacht worden ist, auf welche Weise der Wechsel wiederum in ihre, der Kläger, Hände zurückgekommen ist ꝛc.

Die Kläger wandten Berufung gegen dieses Urthel ein, indem sie sich namentlich auf die Nothadresse und die Bestimmung in § 14. des Anh. der E. P. O. beriefen, wornach es dem Wechselgläubiger freistehe, die Zahlung von jedem Giranten zu fordern, und dem Indossatar, auch außer der Ordnung sich des Wechselrechts zu bedienen. Der Bekl. erwiderte darauf, daß die Kl. verpflichtet gewesen, wegen des mit Protest an sie zurückgekommenen Wechsels zuvörderst ihren Vormann, M. A., anzugehen und von diesem Rembours zu verlangen, um so mehr, als dieser damals noch solvent gewesen. Und wenn dieser selbst damals schon im Concurse sich befunden, so hätten sie einen Contraprotest erheben und ihn, Bekl., davon

unter Beibringung beider Proteste unverweilt in Kenntniß setzen müssen, in keinem Falle aber, wie geschehen, Jahre lang mit Geltendmachung ihrer Rechte warten dürfen. Ohne Insolvenz seines Indossanten müsse sich der Indossatar schlechterdings an jenen halten und könne nicht willkürlich die Ordnung ändern.

Das AG. zu L. reformirte hierauf das Instanzurthel und verurtheilte den Bekl. zur Bezahlung der Wechselschuld nebst Verzugszinsen vom 20. April 1837 nach Wechselrecht, dafern Kläger zuvörderst annoch zur Sache besser, denn geschehen, als die rechtmäßigen Inhaber des der Klage zu Grunde gelegten Wechsels sich rechtfertigten, aus folgenden Gründen: Zuvörderst ist zu bemerken, daß man dem für die Abweisung der Kläger daher entnommenen Grunde, „daß dieselben, auf welche Weise der der Klage zum Grunde gelegte Wechsel, welcher von ihnen weiter girirt, und auf welchem die auf ihr Giro gefolgten und ausgefüllten späteren Indossamente noch offen stehen, in ihre Hände zurückgekommen, nicht liquid gemacht", keineswegs beipflichten kann, indem, wenn schon diesem Legitimationsmangel Seiten der Kläger zuvor abzuhelfen ist, dennoch dieß nicht eine Abweisung der Klage, sondern nur die Verpflichtung der Kläger nach sich ziehen kann, sich vor Allem besser ad causam zu legitimiren, und daß sie dermalen die rechtmäßigen Inhaber des fraglichen Wechsels sind, nachzuweisen. Diese Verpflichtung ist daher auch in dem vorstehenden Erkenntnisse ausgesprochen worden. Ebensowenig ist dem in dem vorgedachten Urthel für die Unstatthaftigkeit der Klage angegebenen Gründe, daß Kläger, da zwischen ihnen und dem Aussteller des Wechsels ein Girant mitten innen stehe, dieser zunächst von denselben in Anspruch genommen werden müsse, beizustimmen; denn es liegt nicht eine Regreßklage gegen einen Giranten vor, sondern die Klage ist gegen den Wechselschuldner, der einen eigenen Wechsel ausgestellt, selbst erhoben. Nun verordnet aber die Leipziger Wechselordnung, welche auf den vorliegenden, in Leipzig zahlbaren und nach Leipziger Wechselrecht ausgestellten Wechsel anzuwenden ist, § III., daß der Aussteller eines eigenen Wechsels, ohne daß es einer Präsentation und Acceptation bei ihm bedarf, den Wechsel jedesmal zur Verfallzeit bezahlen

soll, und es besagt diese § lediglich, daß die Präsentation und Acceptation des Wechsels nur dann nöthig sei, wenn dieser durch Transportirung in dritte Hände gekommen ist und der Wechselinhaber gegen seine früheren Indossanten den Regreß anstellen will, wobei er allerdings die Reihefolge der Indossamente beobachten muß. Die im Urthel angezogene § 14. des Anh. der E. P. O. ist im vorliegenden Falle gar nicht anwendbar, denn sie bezieht sich, wie auch

Püttmann, zur L. W. O. ad § IV. no. 5.,

womit zu vergleichen

Ebend., Grundf. d. W. R. § 121. Ausg. 3. S. 126.

erwähnt hat, lediglich auf die Regreßklage gegen den Indossanten. Nach solchem, und da Bekl. den in dem Termine vorgelegten Wechsel recognoscirt, übrigens, wie auch in dem vorigen Urthel bemerkt, seine Einrede, daß er den Wechselbrief an seinen ursprünglichen Gläubiger, M. A., bereits am 15. April 1837 berichtigt habe — selbst abgesehen davon, daß M. A., laut des darauf ersichtlichen Indossaments und des von Bekl. nicht in Zweifel gezogenen ersten Giros, denselben schon vor diesem Tage an Kl. abgegeben — hier nicht zu berücksichtigen,

Püttmann, Grundf. d. W. R. § 183.

so war Bekl., wie geschehen, dafern Kläger sich noch genügend zur Sache legitimiren, in Hauptstamm, gesetzliche Verzugszinsen vom 20. April 1837 an, als dem Tage der Verfallzeit des Wechsels, solche auf's Jahr zu fünf pro C. berechnet, so wie in die Erstattung der in erster Instanz aufgelaufenen Kosten zu verurtheilen.

Der Bekl. entband nun das gesprochene Erkenntniß seinem ganzen Inhalte nach von der Rechtskraft und führte an: Bei der Natur des Wechselprocesses, wo alle zur Klage nöthigen facta sofort durch Urkunden liquid gemacht werden müßten, könne auf eine nachträgliche Beibringung der legitimatio ad causam nicht erkannt werden und sei der Fall der E. P. O. Anh. § 7. nicht vorhanden, da man die Kläger trotz des Giros deßhalb nicht als Cessionare ansehen könne, weil die Indossirung eines Wechsels überhaupt nicht nach den Regeln der Cession zu beurtheilen sei. Der in dem Erkenntnisse aufgestellten

Erklärung der § 14. des Anh. der E. P. O. stehe entgegen, daß in derselben nicht blos der Indossanten, sondern auch des Ausstellers Erwähnung geschehe und ausdrücklich verordnet werde, daß der Inhaber eines indossirten Wechsels nur erst dann den Aussteller wegen Rembours angehen dürfe, wenn er von dem letzten Aussteller, von welchem er den Wechsel bekommen, keine Befriedigung erlangt hat. Daß die Kl. von M. A., an den sie sich zuerst zu halten, keine Befriedigung erhalten, sei nicht nachgewiesen.

Kläger brachten nun ein Attest des Leipziger Handelsgerichts bei, daß der fragliche Wechsel von den Herren B. u. C. unter Protest zu Ehren und für Rechnung der Kläger wirklich eingelöst worden sei, wie sich auch aus einem notariellen Zeugnisse, wornach im Contocurrentbuche dieses Hauses im „Sollen" für die Klägerin unterm 21. April 1837 die Post: „An Intervention auf Ld'or $5\frac{3}{4}$ Rthlr. 393. 17 gl. auf A. E. nebst Protestspesen WZ. Rthlr. 381" eingetragen sei, ergab. Hieraus ergebe sich zugleich, daß sie, Kl., getreue Briefsinhaber seien. Daß Beklagter mit M. A. sich verglichen, ohne Vorzeigung des Wechsels, und M. A. den Wechsel nicht zurückgestellt habe, könne sie und ihr Recht ebenso wenig tangiren, als daß sie erst jetzt mit dieser Klage auftreten. Uebrigens gebe Bekl. selbst zu, daß M. A. derzeit nicht solvent sei.

Das OAG. bestätigte das Erkenntniß der zweiten Instanz, jedoch unter Compensation sämmtlicher in dieser Sache aufgelaufenen Kosten, aus folgenden Gründen:

Bei Entscheidung der Sache kommt es nun zunächst

1.

darauf an, ob der in Frage befangene Wechsel ungeachtet des Zusatzes: „zahlbar bei Herrn G— et B— in Leipzig", die Natur eines eigenen Wechsels behalten oder, wie Beklagter behauptet, hierdurch die rechtlichen Wirkungen einer Tratte erlangt habe. Denn ist auch jener Zusatz mit Beklagtens Unterschrift nicht versehen, so geht doch aus den Auslassungen der Kläger hervor, daß sich solcher bereits auf dem Wechsel befand, als letzterer in ihre Hände kam, und jedenfalls mußten sie hiernach

die darauf hinsichtlich der Statthaftigkeit der Klage zu stützenden Folgerungen gegen sich gelten lassen. Allein es kann auf diesen Umstand dennoch im vorliegenden Falle deßhalb einiges Gewicht nicht gelegt werden, weil in dem Wechsel selbst ein ganz bestimmtes und unbedingtes Zahlungsversprechen Beklagtens enthalten ist, und Beklagter durch die Worte: „Auf mich selbst, wo zur Verfallzeit sein werde", deutlich zu erkennen gegeben hat, daß die Zahlungsverbindlichkeit nicht von der Präsentation bei einem Dritten abhängig sein soll. Hatte aber Beklagter, wie er selbst zugiebt, ursprünglich einen trockenen Wechsel ausgestellt, so wäre die Absicht, dessen Natur durch jenen Zusatz zu ändern, deutlich und bestimmt anzugeben gewesen. Dieß ist aber nicht der Fall, weil man denselben ebenso gut als eine nur zur Bequemlichkeit bei Erhebung des Geldes beigefügte Adresse ansehen kann, und daher nicht zu der Annahme berechtigt ist, daß der Inhaber des Wechsels solchen als Tratte zu behandeln verpflichtet gewesen sei.

Unter diesen Umständen ist nicht auf nähere Erörterung darüber einzugehen, welche Wirkung es haben würde, wenn dem Zahlungsversprechen selbst eine, jenem Zusatze ähnliche Modification beigefügt worden wäre.

Cf. Einert, das Wechselrecht nach dem Bedürfnisse des Wechselgeschäfts ꝛc. Leipzig 1839. § 12. p. 68.

II.

Beklagter hat den Wechsel anerkannt, und es ist daher ferner zu untersuchen, ob die von ihm vorgeschützten Einreden Beachtung verdienen. In dieser Beziehung sind nun die Erkenntnisse erster und zweiter Instanz

a.

darüber einverstanden, daß die mit Hinweisung auf die von Klägern recognoscirte Quittung aufgestellte Ausflucht unerheblich sei, und es ist dieser Ansicht auch gegenwärtig beizupflichten gewesen.

Nach der klaren Bestimmung der Erl. Proceß-Ordnung im Anh. § 15. kann nämlich die exceptio solutionis, wenn nicht

das Bezahlte auf den Wechsel abgeschrieben worden, ex persona indossantis dem Indossatario nicht opponirt worden. Da aber C. M. A., der ursprüngliche Wechselgläubiger Beklagtens, den Wechsel bereits am 25. November 1836, also längere Zeit vor dem Eintritte der Verfallzeit, an die Kläger girirt hat, so handelt es sich hierbei allerdings um die Einrede der Zahlung ex persona indossantis, und Beklagter hat es sich selbst zuzuschreiben, daß er, ohne Zurückgabe des Wechsels zu verlangen, an A. Zahlung geleistet und sich mit demselben auf einen Vergleich über die Wechselschuld eingelassen hat. Hätte er Vorzeigung des Wechsels verlangt, so würde sich sofort ergeben haben, daß A. damals gar nicht mehr Inhaber desselben war. Nun deutet zwar Beklagter darauf hin, daß die Kläger im Einverständnisse mit A. handelten. Es kann aber im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben, welchen Einfluß es auf Entscheidung der Sache haben würde, wenn Klägern hierunter dolose Handlungsweise zur Last fiele, da Beklagtens dießfallsiges, ohnehin sehr unbestimmtes Anführen unbescheinigt geblieben ist, nach der vorliegenden Proceßart aber illiquide Einwendungen keine Beachtungen verdienen.

b.

Zweifelhaft könnte es dagegen scheinen, ob nicht mit Rücksicht auf den vorstehend erwähnten Umstand, und weil es auf die Wirkung einer Einrede ex persona indossantis wesentlich ankommt, die von Beklagtem ferner vorgeschützte Einrede der mangelnden Sachlegitimation allerdings, wie im Urthel erster Instanz geschehen ist, zu berücksichtigen sei, weil sich die Kläger nicht als Indossatare von M. L. et Sohn gerechtfertigt haben, auch das dieserhalb Mangelnde mit der Wirkung eines wechselmäßigen Indossaments gar nicht mehr nachgebracht werden kann, da inzwischen die Verfallzeit des Wechsels vorlängst eingetreten ist, der Unterschied zwischen dem Indossamente und einer gewöhnlichen Cession unter Anderem aber eben darin besteht, daß der Cessionar die von dem Cedenten herrührenden Einreden in der Regel gegen sich gelten lassen muß, zwischen dem Indossan-

ten und Indossatar aber das entgegengesetzte Verhältniß stattfindet.

Cf. Püttmann, Grundsätze des Wechselrechts ad III. § 25. p. 31.
Treitschke, Handbuch des Wechselrechts. § 233. p. 131.

Allein dieser Einwand, auf den sich die Auslassung Beklagtens bezieht, widerlegt sich dadurch, daß der Wechsel allerdings von dem ersten Inhaber, M. A., an die Kläger bereits unterm 25. November 1836 girirt worden ist, mithin Letztere zu Ersterem hierdurch in das Verhältniß des Indossatars zum Indossanten getreten sind. Der Umstand, daß sie den Wechsel dann weiter girirt haben, stellt sich hiernach wenigstens in dieser Beziehung, nämlich wegen Giltigkeit etwaiger Einreden ex persona indossantis, als gleichgiltig dar, zumal Beklagter Ansprüchen von Seiten der Hintermänner der Kläger, wenn er Letztere gegen Production des Wechsels befriedigt, gar nicht ausgesetzt bleibt. Es würde sich daher nur noch fragen, ob es unter diesen Umständen überhaupt einer weiteren Sachlegitimation von Seiten der Kläger bedürfe, oder ob nicht, in Verbindung mit dem früheren Giro der Besitz des Wechsels eine rechtliche Vermuthung begründe, daß dieser in Verfolg der, den späteren Indossataren gewährten Befriedigung an die Kläger zurückgelangt sei. Diese Frage kann aber dahin gestellt bleiben, weil die Kläger gegen das, ihnen Beibringung besserer Sachlegitimation auferlegende Urthel zweiter Instanz nicht appellirt haben. Auf Beklagtens Beschwerde genügt dagegen nach Obigem die Bemerkung, daß den besonderen Erfordernissen der Wechselklage durch das auf die Kläger gestellte Giro der ursprünglichen Wechselnehmer genügt worden ist, und hinsichtlich dessen, was inzwischen mit dem Wechsel vorgegangen sein mag, allerdings nach Maßgabe der Erl. Proc. Ordnung im Anh. § 7. auf nachträgliche Vervollständigung der Sachlegimation auch in dem vorliegenden summarischen Processe erkannt werden konnte. Denn es kommt, wie bereits gedacht ward, hierbei nicht mehr auf die Begründung einer wechselmäßigen Verpflichtung zwischen den Klägern und Beklagten an, da diese durch das erste Indossament genügend nachgewiesen wird, sondern es handelt sich nur darum, ob Kläger, nachdem sie den Wechsel weiter

girirt hatten, wiederum auf rechtmäßige Weise in dessen Besitz gelangt seien. Darüber, ob diese Nachweisung durch das, nach Publication des Urthels zweiter Instanz Beigebrachte bereits genügend bewirkt worden sei, war gegenwärtig nicht zu erkennen, weil dieß, nach eingetretener Rechtskraft des in der Hauptsache bestätigten Erkenntnisses, zu dessen Purificirung gehören wird, und sonach der anderweiten Entscheidung in erster Instanz anheimfällt. Gegenwärtig war in dieser Beziehung nur zu prüfen, ob nicht etwa das, was Kläger hierunter angeführt haben, ihrem Suchen entgegenstehe. Dieß ist jedoch nicht der Fall. Denn es stellt sich dem Beklagten gegenüber, und da die Klage nur auf die Wechselschuld nebst Zinsen, keineswegs auf Spesen und dergl. gerichtet ist, als völlig gleichgiltig dar, ob der Wechsel durch Rückgiri wiederum an die Kläger gelangt ist, oder ob sie solchen, nachdem er zu Ehren ihres Giro von einem Dritten an den letzten Indossatar zur Verfallzeit bezahlt worden ist, bei diesem eingelöset haben. Denn in dem einen, wie in dem anderen Falle würden die Kläger sich im rechtmäßigen Besitze des Wechsels befinden, und Beklagter hinsichtlich der eingeklagten Wechselschuld nebst Zinsen vollständig liberiren können.

c.

Nach den oben gemachten Bemerkungen ist der Wechselbrief, auf den sich die Kläger stützen, als ein eigener, ein unbedingtes Zahlungsversprechen enthaltender Wechsel anzusehen, und es ist mit Rücksicht auf diese Voraussetzung der in den Entscheidungsgründen des Urthels zweiter Instanz ausgesprochenen Ansicht ebenfalls beizustimmen gewesen, zu deren weiterer Begründung aber noch Folgendes zu bemerken.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen eigenen Wechseln und Tratten besteht darin, daß bei ersteren der Aussteller zur Verfallzeit selbst Zahlung zu leisten verspricht, bei letzteren aber von dem Ausgeber nur die Zusicherung ertheilt wird, daß ein Dritter zur Verfallzeit Zahlung leisten werde. Hieraus folgt, ganz abgesehen von particularrechtlichen Bestimmungen, schon der Natur der Sache nach, daß der Wechselgläubiger den

Aussteller eines eigenen Wechsels zur Verfallzeit nach Wechselrecht belangen kann, ohne seinen Anspruch noch auf andere Thatsachen als auf das in dem Wechsel enthaltene Zahlungsversprechen zu stützen, wogegen zu Begründung des Anspruchs gegen den Ausgeber einer Tratte nothwendig das Anführen gehört, daß zur Verfallzeit von Seiten des Trassaten, ohne Verschulden des Inhabers der Tratte, letztere nicht honorirt worden sei.

Wie daher die Klage gegen den Ausgeber einer Tratte als Regreßklage wegen der hinsichtlich deren Einlösung durch den Bezogenen übernommenen Garantie erscheint, so stellt sich dagegen die gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels als Principalklage dar. Dieß ist auch in dem Falle, wo sich eigene Wechsel zur Verfallzeit noch in der Hand des ursprünglichen Wechselgläubigers befinden, nie bestritten worden. Nun ist zwar nicht zu verkennen, daß die Lage des Wechselschuldners eine wesentliche Veränderung leidet, wenn der von ihm ausgestellte eigene Wechsel durch Indossirung in andere Hände gekommen ist, da er, wie oben Erwähnung gefunden hat, solchen Falls dem Inhaber des Wechsels Einreden, die ihm vielleicht gegen den ursprünglichen Gläubiger zur Seite gestanden hätten, in der Regel nicht entgegensetzen kann. Es fehlt jedoch an einem rechtlichen Grunde, um anzunehmen, daß mit Rücksicht auf diesen Umstand der Aussteller eines eigenen Wechsels, nachdem solcher durch Indossirung in andere Hände gekommen, nicht mehr als Principalschuldner zu betrachten, sondern der Inhaber des Wechsels verpflichtet sei, sich zunächst an die Indossatare zu halten. Wollte man dieß behaupten, so würde daraus folgen, daß der Wechselgläubiger gar keinen Principalschuldner hätte. Denn hastete auch der Indossant neben der Verität zugleich für Bonität der Forderung, so ist doch diese Verpflichtung nur subsidiär und dadurch bedingt, daß die Zahlung bei einer dritten Person nicht zu erlangen gewesen sei. Bei eigenen Wechseln, die nicht zugleich mit einer Adresse, wie dieß in vorliegender Sache der Fall ist, ohne jedoch nach Obigem an der Natur des Wechselbriefes etwas Wesentliches zu ändern, versehen sind, stellt es sich daher sogar als undenkbar dar, daß der

Inhaber desselben zur Verfallzeit mit Uebergehung des Ausstellers sofort den letzten Indossanten belangen könnte. Aendert aber die Indossirung eigener Wechsel daran, daß deren Aussteller Principalschuldner ist, etwas nicht ab, so finden auch die Gründe, welche hinsichtlich der Tratten dafür sprechen, daß schon nach Analogie gemeinrechtlicher Bestimmungen gegen deren Ausgeber die Wechselklage der Indossatare dadurch bedingt werde, daß sie sich zuvörderst der Reihenfolge nach an die Indossanten gewendet hätten,

cf. Gottschalk, Sel. disc. for. cap. 28. p. 362 sequ. Vol. III. ed. II.

auf indossirte eigene Wechsel nicht Anwendung.

Es kommt daher nur darauf an, ob durch die Sächsische Particulargesetzgebung der Satz gerechtfertigt werde, daß bei indossirten eigenen Wechseln die Anstellung der Wechselklage gegen die Aussteller von denselben Voraussetzungen abhängig zu machen sei, welche bei Klagen gegen die Ausgeber von Tratten und gegen Indossanten von Wechseln beider Art zu berücksichtigen sind. Für diese Ansicht scheint die allgemeine Fassung der Erl. Proc. Ordn. im Anh. § 14., so wie die Leipziger Wechselordnung § IV. von den Worten an: „Käme aber ein eigener Wechselbrief ꝛc.", zu sprechen. — Entgegen stehen aber derselben, abgesehen von der bereits oben erwähnten Auslegung der gedachten, allerdings sehr dunkeln Stelle der L. W. O. besonders folgende Gründe:

1.

Will man auch die zuletzt gedachte gesetzliche Bestimmung als eine allgemeine ansehen, so folgt doch hieraus noch keineswegs, daß der Aussteller eines eigenen Wechsels die Acceptation mit Bestande Rechtens verweigern könne, weil sich der Indossatar zunächst an die Indossanten gehalten habe. Andere Stellen der gedachten Wechselordnung zeigen vielmehr deutlich, daß jener Bestimmung dieser Sinn nicht beigelegt werden könne. Zunächst wird nämlich § XXXII., ohne Unterscheidung zwischen indossirten und noch in der ersten Hand befindlichen Wechseln gesagt: „Jedoch behalten die eigenen Wechselbriefe, so einer auf sich selbst ausgestellet, es sei deßwegen protestirt worden

oder nicht, billig ihre Kraft und Wirkung, und sollen auf geschehene Production ohne Widerrede und Ausflucht bezahlt werden." Ferner kommt in Erwägung, daß der Aussteller eines eigenen Wechsels, wenn man solchen mit Tratten in Vergleichung setzen will, zugleich die Stelle des Trassanten und Trassaten vertritt, in letzterer Beziehung aber einem Bezogenen, der den Wechsel bereits acceptirt hat, gleichzuachten ist. Hiernach finden die Bestimmungen hinsichtlich der Verpflichtung der Acceptanten bei Tratten ebenfalls analoge Anwendung auf die Aussteller eigener Wechsel. Nach § XIII. der L. W. O. ist aber derjenige, welcher einen Wechselbrief acceptirt hat, als Selbstschuldner zu betrachten, und es wird aus diesem Grunde § XX. bestimmt, daß er, wenn Einer nicht mit dem Protest an die Indossirer zurückgehen wolle, ohne Weiteres in Anspruch genommen werden könne, dem Wechselgläubiger auch hierunter das jus variandi zustehe. Bei Vergleichung dieser Bestimmungen mit demjenigen, was § XIII. XIX. und XX. über die nothwendige Beobachtung einer gewissen Reihenfolge hinsichtlich der Geltendmachung der Ansprüche aus Wechseln gesagt wird, ergiebt sich, daß diese Vorschrift auf Fälle der Regreßnahme nach Wechselrecht zu beschränken, nicht aber auf Klagen gegen Principaldebitor oder Selbstschuldner zu erstrecken ist. Im § XIII. heißt es nämlich: „verbunden sein, dieser Ordnung gemäß, zu protestiren, oder durch dessen Versäumniß und Nachlässigkeit sein Recht, sowohl wider den Ausgeber des Briefes und Trassirer, als wider die Indossirer, verloren", dann § XIX.: „so hat der Inhaber und Creditor zuvörderst seinen Regreß an den letzten Indossirer zu nehmen" ꝛc. „und also ordentlich bis zum Ausgeber zurückzugehen", endlich § XX.: „sowohl der Trassirer, als ein jeglicher Indossirer" ꝛc., „jedoch, daß er die Ordnung derer Indossirer vermöge nächst vorhergehenden § nicht überschreite."

Denn ist auch hierbei zugleich von dem Zurückgehen bis auf den Ausgeber die Rede, so zeigt der Zusammenhang deutlich, daß sich solches nur auf Ausgeber von Tratten („Ausgeber und Trassirer"), nicht aber auf Aussteller eigener Wechselbriefe bezieht.

2.

Mit Rücksicht auf vorstehende Bemerkungen leiden die Worte der Erl. Proc. Ordnung im Anh. § 14.: „und also ordentlich bis zu dem Ausgeber zurückzugehen", ebenfalls nur auf Tratten, im Gegensatze eigener Wechsel, Anwendung, zumal nach damaligem Sprachgebrauche die Ausdrücke „Ausgeber und Aussteller" eines Wechsels offenbar streng unterschieden, und letzterer für gleichbedeutend mit Trassirer (compsor) gebraucht worden ist,

cf. Joh. Henr. Berger, suppl. ad elect. proc. exect. § XI. p. 6. et § XLIIX. p. 15.

obschon gegenwärtig dieser Unterschied nicht so genau beobachtet zu werden pflegt.

Cf. Mandat v. 23. Decbr. 1829, die den kaufmännischen Anweisungen beigelegte Wechselkraft betr. (G. S. v. 1830. p. 9.)

Aber auch abgesehen hiervon, kann jene Bestimmung auf Wechselklagen aus eigenen Wechseln gegen den Aussteller als Hauptschuldner schon darum nicht angewendet werden, weil am Schlusse des Paragraphen gesagt ist, daß außerdem der Regreß gänzlich hinwegfalle. Der Anspruch an den ursprünglichen Wechselschuldner läßt sich aber nach Obigem selbst bei indossirten Wechseln unmöglich mit dem Ausdrucke „Regreß" bezeichnen. Bewährte Rechtslehrer der älteren und neueren Zeit stimmen daher auch in der Meinung überein, daß das Klagrecht gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels von den ebenerwähnten Voraussetzungen völlig unabhängig sei.

Cf. Franck, inst. jur. camb. ed. II. Lib. I. S. IV. t. 1. § V. not. c.

Heineccius, elem. jur. camb. ed. VIII. cap. II. § 4. et cap. VI. § II. not. **.

Siegel, Einleitung zum Wechselrechte, herausg. von Schott. § 44. not. *, p. 45.

Püttmann, Grundsätze des Wechselrechts. § 26. ed III. p. 34.

Scherer, Handbuch des Wechselrechtes, s. v.: „Eigene Wechselbriefe." § 13. Bd. I. p. 623.

Derselbe, Rechtsfälle in Wechselsachen, Rechtsfr. I. § 4. p. 3 fg.

Brehm, diss. inaug. Dispunct. juris varii, sp. V. Lips. 30. Oct. 1821.

Treitschke, Encyclopädie der Wechselrechte, s. v.: „Eigene Wechselbriefe." § 4. Bd. I. p. 372 fg.
Einert, a. a. O. § 44. p. 220 fg.

III.

In dem Wechsel ist der Präscription entsagt, woraus folgt, daß sich Beklagter darauf, daß eine Wechselverjährung vor Anstellung der Klage verflossen gewesen sei, nicht berufen kann.

Treitschke, Handbuch des Wechselrechts. § 176.

Es kommt daher auch nichts darauf an, welche Wechselverjährung nach Lage der Sache an sich eingetreten sein würde.

Aus vorstehenden Gründen war das Urthel zweiter Instanz in der Hauptsache zu bestätigen. Die Beschaffenheit der einschlagenden Rechtsfragen stellte aber Compensation sämmtlicher Kosten als angemessen dar.

IV.

Erläuterung der Ordonnanz v. 19. Juli 1828. § 304. — Bezieht sich die Regel: Agere non valenti non currit praescriptio, auch auf den Fall rechtlicher Hindernisse und ist die Exstinctivverjährung als eine poena negligentiae anzusehen? —

Klage der Stadt Sch. gegen die übrigen servispflichtigen Städte des Königreichs.

Die schriftsässige Stadt Sch. hatte vom Kaiser Karl IV., als Könige von Böhmen, de dato Nürnberg am Tage Mariä Himmelfahrt 1370 ein Privilegium erhalten, nach welchem derselben gleiches Recht, wie der Stadt Elnbogen in Böhmen, welche laut Urkunde de dato Prag am St. Clemententage, Freiheit von allen Abgaben, bis auf 5 Pfund Schwäbischer Heller, welche dem jedesmaligen Landesherrn bei seiner persönlichen Anwesenheit überreicht werden mußten, genoß, ertheilt worden.

In Folge dieses von mehreren Königen in Böhmen, auch Chur- und Fürsten zu Sachsen, namentlich auch von dem Könige Friedrich August unterm 19. Juni 1781 bestätigten Privilegii war die Stadt Sch. bis auf die neuesten Zeiten von allen und jeden directen und indirecten Staatslasten in ordinariis befreiet; blos ad extraordinaria war sie während der Kriegsläufe, gleich anderen Privilegirten, auch beigezogen worden.

Insbesondere hatte dieselbe niemals der Leistung irgend einer Art für inländisches Militär unterlegen und war auch von allen und jeden Beiträgen zu den von den servispflichtigen

Städten und Orten des Landes zu Uebertragung des Einquartirungsaufwandes aufzubringenden Servisgeldern bis dahin frei geblieben, wo zwischen dem allgemeinen Staatsfiskus und ihr ein Ablösungsvertrag vom 10. Juni 1835 zu Stande kam, wornach § 1. das vom Kaiser Karl IV. ertheilte Privilegium der Abgabenbefreiung hiermit seinem ganzen Umfange nach als aufgehoben betrachtet werden sollte, § 2. die Gemeinde zu Sch. in Folge dessen ihre Verbindlichkeit zu den allgemeinen ordentlichen und außerordentlichen Staatsabgaben ohne einige Ausnahme, folglich mit Einschluß der Militärprästationen jeder Art, beitragen zu müssen, anerkannte, § 3. in dieser Beziehung außer anderen Abgaben auch die Militärprästationen sofort und auch fernerhin unweigerlich von ihr entrichtet werden sollten, § 5. sie als Entschädigung für die zu übernehmenden Staatsabgaben und Lasten eine vom 1. Januar 1834 an zahlbare Rente von jährlich 600 Thlrn. zugesichert erhielt, und § 9. ihr in Folge der § 1. vereinbarten Aufhebung des Privilegii vom Jahre 1370 auch die Verbindlichkeit, dem jedesmaligen Landesherrn bei persönlicher Anwesenheit in Sch. einen hölzernen Becher mit fünf Pfund Schwäbischer Heller zu überreichen, für immer erlassen wurde.

Ob nun gleich auf diese Weise das Privilegium auch in Ansehung der Militärprästationen jeder Art nicht nur bis zum 10. Juni 1835 factisch wirklich bestanden, sondern auch zu dieser Zeit, unerachtet die in der Ordonnanz vom 19. Juli 1828 zu Production der Privilegien festgesetzt gewesene dreijährige Präclusivfrist bereits abgelaufen war, noch als bestehend von dem Gesetzgeber selbst anerkannt und erst in Folge des geschehenen Ablösungsvertrags für erloschen und nichtig erklärt, so wie die Einsendung und Rückgabe der Verleihungsurkunde verlangt worden ist, es aber ohne die Voraussetzung eines noch bestehenden Rechts gar keines Vergleichs darüber und keiner Schadloshaltung bedurft hätte, und es dabei kaum zweifelhaft sein kann, daß, so lange der Staat und der Landesherr ein landesherrliches Privilegium als existent und wirksam betrachtet, auch diejenigen Staatsbürger und Unterthanen, welchen durch dessen Aufhebung ein Vortheil erwächst, die Wirksamkeit desselben an-

zuerkennen und zu respectiren verpflichtet sind, bei diesem Allen aber die Stadt Sch. sich auch noch Vorbehalt gemacht hatte, daß Beiträge zu den Militärlasten von ihr pro praeterito nicht gefordert werden sollten, endlich derselben, da sie seit dem 1. Januar 1701 keinerlei Militärleistung prästiret, auch noch die in der Ordonnanz von 1828 § 304. sub g. festgesetzte Verjährung, „als welche weder durch den Beweis der Unrechtmäßigkeit ihres Anfanges oder Fortganges, oder einer dabei eingetretenen malae fidei entkräftet werden soll", zur Seite stehet; so haben dennoch die in Rubro benannten Städte und Orte, insoweit sie bei einer vor dem hohen Königlichen Kriegsministerium wegen der Servisangelegenheiten zu Dresden veranstalteten Conferenz am 17. Juli 1834 durch ihre Deputirten gegenwärtig waren, sich durch Stimmenmehrheit zu dem Beschlusse berechtigt gehalten, daß eine Beiziehung der Stadt Sch. zur städtischen Ausgleichung des Servisaufwandes, und zwar von der Zeit des Ablaufs der in der Ordonnanz aufgestellten Präclusivfrist, salvo jure der früheren Zeit bis 1824 zurück, eintreten solle, und es ist demzufolge die Stadt Sch. durch das hohe Königl. Kriegsministerium unter dem Anführen, daß der Ablösungsvertrag und die dabei gegebene Zusicherung, daß die Militärleistungen pro praeterito nicht gefordert werden sollten, auf die Beitragspflichtigkeit der Stadt Sch. zu dem städtischen Ausgleichungsfond, als welcher auf dem Societätsverhältnisse der Städte unter sich beruhe, nicht bezogen werden könne, vielmehr hierunter der frühere Stand der Sache ohne Abänderung verblieben sei, zu Bezahlung der Rückstände vom 1. August 1831 bis 31. December 1834, zu jährlich 100 Thlrn. 9 Gr. — Pf. mit 342 Thlrn. 22 Gr. 9 Pf. angehalten worden, hat auch solche zufolge der abschriftlich beiliegenden Quittung vom 1. Juli 1836 unter Vorbehalt des Rechtsweges contra quemcunque zu dem städtischen Ausgleichungsfond wirklich bezahlen müssen.

Da jedoch nach dem Obigen diese Bezahlung sine causa geschehen ist, so sieht sich die Stadt Sch. hiermit Klage zu erheben, darauf Einlassung und Antwort zu fordern, über dieselbe,

insofern sie factische Umstände enthält, den Eid anzutragen und um das Erkenntniß zu bitten, genöthigt:

daß Beklagte die Freiheit der Klägerin von allen Servislasten bis zum 31. December 1834 anzuerkennen, derohalben ihr die von ihr auf die Zeit vom 1. August 1831 bis 31. December 1834 bezahlten 342 Thlr. 22 Gr. 9 Pf. sammt Zinsen des Verzugs von Zeit erhobener Klage an zu restituiren, auch die durch diesen Proceß verursachten Unkosten zu erstatten schuldig.

Erkenntniß der Facultät:

Als Uns das Justizamt zu D. Acta, die schriftsässige Stadt Sch., Klägerin am ersten, die Stadtgemeinden zu P., W., Z., B., F. und Z., Beklagte am anderen, die Städte D., L., Ch., mit Ausschluß der unter den Beklagten bereits genannten, Mitbeklagte am dritten Theile betreffend ꝛc. ꝛc., und zu erkennen; daraus so viel zu befinden: Dieweil Beklagte am anderen Theile, und zwar die Stadt P., die Stadt W., die Stadt Zsch., die Stadt B., die Stadt F. und die Stadt Z. sich der Klagbitte unterwerfen zu wollen erklärt, so hat es bei diesen Erklärungen sein Bewenden, und sind Beklagte der Klägerin von den geklagten 342 Thlrn. 22 Gr. 9 Pf. die auf sie zu repartirenden, nach dem Verhältnisse ihrer vormaligen Beitragspflichtigkeit zu dem städtischen Servis-Ausgleichungsfonds zu bestimmenden Raten zu bezahlen, derselben auch die verursachten Unkosten antheilig zu erstatten schuldig. Dagegen hat, was Mitbeklagte anlangt, der Klägerin Suchen in der angebrachten Maße nicht statt, es ist auch Klägerin den Mitbeklagten die verursachten Unkosten zu erstatten pflichtig.

Entscheidungsgründe:

Klägerin hat zuvörderst und hauptsächlich den erhobenen Anspruch auf ein der Stadt Sch. vom Kaiser Karl IV., als König von Böhmen, im Jahre 1370 ertheiltes, seinem Inhalte nach in der Klage angegebenes Privilegium gegründet, zufolge dessen ihr die Freiheit von allen Landesabgaben in ordinariis und unter diesen insonderheit den sämmtlichen Militärprästationen zu Theil geworden sei. Allein selbst zu geschweigen, daß der von den Mitbeklagten in's Nichtwissen gestellte Inhalt des

Privilegii lediglich durch Production desselben in glaubhafter Form bewiesen werden mußte, nicht aber der von der Klägerin über die Klage gebrauchte Eidesantrag zum Erweise desselben geeignet war, und daß daher schon aus diesem Grunde die Verwerfung der Klage nothwendig geworden wäre, so kann doch eben jenes Privilegium rücksichtlich der dermalen allein in Frage stehenden Befreiung von der Servispflichtigkeit auf den Zeitraum vom 31. August 1831 bis zum 31. December 1834 der Klägerin aus dem von ihr selbst in der Klage angeführten Grunde, weil sie nämlich die in der Ordonnanz vom 19. Juli 1828 zur Production derjenigen Privilegien, aus denen eine Befreiung von Militärleistungen hergeleitet wird, festgesetzte Präclusivfrist geständlich ohne Anmeldung und Production hat verstreichen lassen, nicht weiter von Nutzen sein, indem § 304. lit. f. cc. der a. O. die deutliche Bestimmung enthalten ist:

daß sämmtliche bis dahin nicht beigebrachte Privilegien für erloschen angesehen werden sollen.

Dagegen kann auch das Anführen, daß das Privilegium von der Staatsregierung auch später noch als giltig anerkannt worden sei, nicht in Betracht kommen. Mit Ablauf der gesetzlichen Präclusivfrist konnte nämlich das fragliche Privilegium Dritten gegenüber nicht weiter als giltig betrachtet werden, namentlich konnte es den übrigen, als servispflichtig betheiligten Städten nicht weiter entgegengehalten werden, um rücksichtlich der klagenden Stadtgemeinde eine, allen übrigen Städten des Königreichs, denen bis dahin die Uebertragung der Klägerin obgelegen hatte, zur Last gereichende Ausnahme zu bewerkstelligen. Diese Ausnahme war nunmehr durch Erlöschen des Privilegii beseitigt, und das Recht der übrigen Städte, die Klägerin zur Mitleidenheit bei dem städtischen Ausgleichungsfonds zuzuziehen, gesetzlich entschieden. Selbst eine zu Gunsten der Ktägerin für das Fortbestehen des Privilegii genommene Ansicht der Staatsregierung würde an den Wirkungen des auf verfassungsmäßigem Wege erlassenen und gehörig publicirten Gesetzes zum Nachtheile der Mitbeklagten nichts haben ändern können. Es kann jedoch aus dem Umstande, daß das Priviliegium der Stadt Sch. nachmals durch einen Ablösungsvertrag derselben

mit der Staatsregierung zur Erledigung gekommen ist, auf eine solche Ansicht der Staatsregierung schon deßhalb nicht geschlossen werden, weil es sich bei jener Ablösung keineswegs um die Befreiung von den Militärleistungen allein, sondern um die Freiheit von den Landesabgaben in ihrem ganzen Umfange handelte.

Nun hat zwar Klägerin auch noch nebenbei unter dem Anführen, daß sie seit dem 1. Januar 1701 keinerlei Militärleistungen prästirt habe, auf die Verjährung Bezug genommen. Allein auch diese Beziehung kann ihr nicht von Nutzen sein. Die Ordonnanz vom J. 1828 schließt zwar cit. § lit. g. die befreiende Verjährung bei Militärleistungen nicht gänzlich aus, namentlich soll bei Grundstücken Verjährung in Bezug auf das landesherrliche Exactionsrecht alsdann Statt haben, wenn seit dem 1. Januar 1701 Militärleistungen nicht prästirt worden sind. Allein diese Bestimmungen leiden nicht die mindeste Anwendung auf das Rechtsverhältniß der Klägerin den Mitbeklagten gegenüber. Einmal nämlich wird dort die Verjährung als ein selbstständiger Befreiungsgrund betrachtet, es ist also nicht von dem Falle die Rede, wo Jemand vermöge eines anderen Rechtsgrundes, wie hier Klägerin vermöge des Privilegiums, während eines langen Zeitraums Befreiung von den Militärprästationen genossen hat. Andererseits kann aber Klägerin gegen die mitbeklagten Stadtgemeinden in Bezug auf die allgemeine Servispflichtigkeit der Städte die befreiende Vejährung um so weniger anziehen, je weniger diese sich vor dem Jahre 1831 je in der Möglichkeit befunden haben, durch eigenes Zuthun eine Unterbrechung dieser vermeintlichen Verjährung herbeiführen zu können, indem Klägerin jeden Versuch der mitbeklagten Städte, sie zur Mitleidenheit zu ziehen, eben durch Berufung auf ihr altes, vom Landesherrn anerkanntes und vermöge einer von jeher stattgehabten Auslegung auch auf die Servispflichtigkeit ausgedehntes Privilegium vereitelt haben würde. Hier steht also den Mitbeklagten ganz offenbar die Rechtsregel zur Seite: **Agere non valenti non currit praescriptio.** Diese Gründe allein, obschon zu selbigen noch mehrere andere hätten hinzugefügt wer-

den können, sind hinreichend, um die erkannte Abweisung der Klage zu rechtfertigen.

Das AG. zu Dresden erkannte hierauf:

Daß es bei dem Urthel von den Worten: „dagegen hat", bis zu den Worten: „zu erstatten pflichtig", nicht schlechterdings zu lassen, sondern Beklagte die geklagten 342 Thlr. 22 Gr. 9 Pf., eine jede Stadtgemeinde zu dem Antheile, der ihr davon zu Gute gegangen, sammt Zinsen des Verzugs von Zeit erhobener Klage an Klägern zu bezahlen, auch die durch diesen Proceß verursachten Unkosten erster Instanz, nach deren vorgängigem Ansatze und richterlicher Ermäßigung, denselben antheilig zu erstatten schuldig, sie könnten und wollten denn den über den 60sten Abschnitt der Antwort auf die Klage ihnen angetragenen Eid in der Maße: „daß, so viel sie wissen, auch glauben und dafür halten, die Stadtgemeinde zu Sch zu irgend einer von ihnen eidlich anzugebenden Zeit zwischen dem 1. Januar 1701 und dem 1. August 1831 Militärleistungen für die kurfürstlich und königlich sächsische Armee getragen habe", durch drei oder vier aus einer jeden der beklagten Gemeinden, welchen die beßte Wissenschaft von der Sache beiwohnet, und welche Kläger zu benennen hat, schwören, so sind sie von der erhobenen Klage, so weit solche auf die Verjährung gestützt ist, zu entbinden und loszuzählen, und wird solchenfalls, insofern der Kläger Suchen auf ein ausdrückliches Privilegium gegründet, das gedachte Erkenntniß, mit Ausnahme der Verurtheilung der Kläger zu Erstattung der Proceßkosten, als welche auf diesen Fall compensirt werden, hiermit bestätigt Endlich bewendet es auch bei dem, was wegen der Gerichtskosten erkannt worden. Die durch die eingewendeten Rechtsmittel entstandenen Unkosten werden jedenfalls gegen einander aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

Die Einwendungen, welche die Beklagten gegen die Statthaftigkeit der vorliegenden Klage aufgestellt haben, sollen zur besseren Uebersicht der Sache unter folgenden vier Rubriken betrachtet werden. Sie beziehen sich nämlich theils I. ꝛc., II. ꝛc., III. auf die der Klage zum Grunde gelegten Thatsachen, theils

endlich IV. auf gewisse Umstände, worauf Beklagte proceßhindernde Einreden gründen zu können vermeint haben.

ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Zu III. Die Klage erscheint als actio quod metus causa, da sie auf Erstattung desjenigen gerichtet ist, was Kläger haben zahlen müssen, um angedrohten executivischen Maßregeln der Administrativ-Behörde auszuweichen. Ihr Grund muß also, gleich dem einer Reconvention in Einreden bestehen, welche den Klägern zugestanden hätten, wenn solche Zahlung im Rechtswege von ihnen gefordert worden wäre. Dergleichen Einreden haben nun Kläger zwei in der Klage angeführt, welche beide darauf gehen, daß die Stadt Sch. in den Jahren 1831 bis mit 1834 nicht servispflichtig gewesen sei, woraus denn allerdings von selbst folgt, daß sie auch zur Ausgleichung der Servislasten unter den dazu verpflichteten Städten nichts beizutragen gehabt haben könne. Sie haben sich nämlich deßhalb

1) auf ein vom Kaiser Karl IV. ihrer Stadt ertheiltes und von den Landesherren in neuerer Zeit mehrfach bestätigtes Privilegium der Freiheit von allen und jeden Abgaben, und

2) auf die in der Ordonnanz vom 19. Juli 1828 § 304. g. aa. geordnete Verjährung bezogen.

Der letzteren ist von Beklagten und in den Entscheidungsgründen entgegengesetzt worden, daß sie durch die Berufung auf den ersteren Befreiungsgrund ausgeschlossen werde, weil die Verjährung in dem angezogenen Gesetze als ein selbstständiger Befreiungsgrund aufgestellt sei, folglich mit einem anderen zugleich nicht geltend gemacht werden könne, ja überhaupt und schon nach gemeinen Rechten von jeder Verjährung eben dasselbe gelte.

Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Die Exstinctivverjährung ist keineswegs, wie angenommen zu werden scheint, ihrem Grund und Zwecke nach als eine poena negligentiae zu betrachten, wie denn mit dem unbestreitbaren Grundsatze, daß es Jedem freisteht, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, oder nicht, eine gesetzliche Bestrafung solches Nichtgebrauchs sich schwerlich vereinigen ließe.

Kori, Theorie der Verjährung. § 23. S. 24 fg.

Der eigentliche Zweck jeder Art von Verjährung ist vielmehr nur **ut aliquis litium finis esset,**

L. 2. D. de aqua et aq. pl. arc. 39. 3.
L. 5. pr. D. pro suo 41. 10.

und ihr rationaler Grundsatz liegt hauptsächlich in der großen Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit, sehr wohlbegründete Einreden zu beweisen, worin man sich nach Ablauf langer Zeit leicht unverschuldet befinden kann, so wie andererseits darin, daß Ansprüche, von welchen der, welcher sie erhebt, über 30 Jahre geschwiegen hat, eine starke Vermuthung des Ungrundes wider sich haben. Der Gesetzgeber wollte also durch Setzung einer Zeitgränze für die Rechtsverfolgung nicht gerade das materielle Recht durch ein neu eingeführtes formelles aufheben, was vielmehr nur eine mögliche nachtheilige, aber wegen der überwiegenden Heilsamkeit dieser Bestimmung und wegen leichter Vermeidlichkeit zu duldende Folge derselben ist, sondern er wollte gerade das präsumtive materielle Recht gegen den nach Ablauf eines Menschenalters, oder eines sonstigen gesetzlich bestimmten langen Zeitraums oftmals eintretenden factischen Verlust seiner Vertheidigungsmittel und die daraus entspringende Gefahr, einem formellen Rechte zu unterliegen, in Schutz nehmen. Eine falsche Ansicht ist es daher, daß die Verjährung nur demjenigen entgegengesetzt werden könne, der während der Verjährungsfrist ein wohlbegründetes Klagrecht gehabt hat, und ein offenbares Mißverständniß, wenn man die Regel: **agere non valenti non currit praescriptio**, anstatt auf factische Hindernisse der gerichtlichen Geltendmachung, welche sie allein angeht, auf die rechtliche Unmöglichkeit des Klagens beziehen will. Dadurch würde der unredliche Besitzer vor dem redlichen begünstigt, und es folgte daraus nichts Geringeres, als daß **mala fides** als ein Erforderniß der Verjährung erschiene, während sie doch bekanntlich der Acquisitivverjährung als ein Hinderniß entgegensteht, bei der Exstinctivverjährung aber nur nicht als solches betrachtet wird.

Sonach kann es den Klägern nicht nachtheilig sein und die hier als Klaggrund erscheinende Einrede der Verjährung nicht entkräften, daß sie sich neben derselben auf ein ausdrück-

liches Privilegium der Abgabenbefreiung berufen haben. Vielmehr bestehen beide Klaggründe neben einander, und der Erweis des einen davon muß hinreichen, Klägern den Sieg zu verschaffen, sobald nur die dazu gehörigen Thatsachen, welche den Gegenstand des Beweises ausmachen müssen, vollständig, schlüssig und stringent vorgebracht sind. Dieß ist nun bei dem Klaggrunde der Verjährung offenbar der Fall, da das angezogene Gesetz weiter nichts erfordert, als was Kläger angeführt haben, nämlich, daß von ihrer Stadt seit dem 1. Januar 1701 keine Militärleistungen getragen worden seien. Dieß ist ein rein factischer Umstand; mithin kann die Zulässigkeit des darüber gebrauchten Eidesantrags keinen Zweifel leiden. Da nun aber hier das Beweisthema, zufolge der gesetzlichen Disposition, in einer bloßen, sehr umfassenden und allgemeinen Negative besteht, so muß der dawider zu leistende Eid nothwendig auf ein bestimmtes, von den Beklagten anzugebendes factum gerichtet werden, indem Kläger unstreitig nicht nöthig hatten, von jedem der Jahre aus dem mehr als 130jährigen in Rede stehenden Zeitraume namentlich anzuführen, daß darin die Stadt Sch. von Militärleistungen frei gelassen worden, wogegen Beklagte den angetragenen Eid nur dann mit gutem Gewissen leisten können, wenn ihnen eine, dem entgegenstehende Thatsache mit derjenigen Gewißheit, welche ohne Zeitbestimmung nicht stattfinden kann, bewußt ist.

Dagegen kann der andere aufgestellte Klaggrund, welcher in einem alten, angeblich noch in den Jahren 1831 bis 1834 giltig gewesenen Privilegium beruhen soll, keineswegs als hinreichend factisch begründet gelten. Zwar haben Beklagte gegen dieses Privilegium Manches eingewendet, was rechtlich nicht als haltbar erscheint. So kann namentlich bei dem angeführten umfassenden, auf gänzliche Befreiung von allen und jeden Abgaben gehenden Inhalte des Privilegiums nichts darauf ankommen, ob zur Zeit seiner Ertheilung die jetzt in Rede stehenden Abgaben und die Staatsbedürfnisse, zu deren Deckung sie bestimmt sind, schon existirt haben oder nicht, ebenso wenig darauf, ob die Aufhebung des Privilegiums vorbehalten worden ist, da eine vor dem Jahre 1831 erfolgte Aufhebung nirgends er-

hellt und vielmehr von Beklagten ausfluchtsweise auszuführen gewesen wäre. Daß das Privilegium nothwendig urschriftlich hätte beigebracht werden müssen und der Eidesantrag darüber nicht statthaft sei, ist eine Behauptung, der es an allem gesetzlichen Grunde mangelt, da diese Privilegienertheilung offenbar eine Thatsache, über alle Thatsachen aber bekanntlich die Gewissensrührung zulässig ist. So viel ist indessen richtig, daß die Urkunden der Ertheilung und Erneuerung des Privilegii, da sie nicht der Klage beigefügt worden, allerdings, besonders in Beziehung auf die in der Ordonnanz vom 19 Juli 1828 § 304. f. aa. aufgestellten Erfordernisse, näher hätten beschrieben werden sollen. Indeß auch abgesehen davon, ist die Klage in dieser Beziehung schon deßhalb mangelhaft, weil darin nicht angeführt ist, daß das fragliche Privilegium in der im nur angezogenen Gesetze § 304. f. cc. bestimmten Frist der vormaligen Kriegsverwaltungskammer angezeigt und dadurch vor dem eben daselbst angedrohten Verluste, welcher sonst allerdings schon vor dem hier in Rede stehenden Zeitraume eingetreten sein würde, bewahrt worden sei. Daß dasselbe in dem der Klage beigefügten Ablösungsvertrage von den Vertretern des Staatsfiscus als bis zum Jahre 1835 und bis zum Augenblicke dieser Ablösung bestanden und in Kraft geblieben angesehen worden ist, kann den Beklagten gegenüber keinen Unterschied machen. Nachdem durch das mehrerwähnte Gesetz auf die Versäumniß der Anzeige binnen dreijähriger Frist der Verlust der Privilegien gesetzt war, so war dadurch einerseits dem Staate, andererseits aber auch allen Unterthanen, die durch ein solches nicht angezeigtes, daher verwirktes Privilegium prägravirt oder sonst benachtheiliget waren, ein wohlerworbenes Recht erwachsen, dasjenige, was eben nur wegen des Privilegiums nicht hatte gefordert werden können, nunmehro zu fordern. Hat der Staat (eine Frage, die nicht hierher gehört) durch den gedachten Ablösungsvertrag diesem seinen Rechte für den Zeitraum bis 1835 entsagt, so hat er dadurch dem einmal erworbenen Rechte der betheiligten Unterthanen keinen Eintrag thun können, und es ist eine handgreifliche Verwechselung der Begriffe, wenn man behaupten will, daß in jener von den Vertretern des Staatsfiscus etwa bewirk-

ten Verzicht ein für Jedermann verbindliches Anerkenntniß des Privilegiums von Seiten des Landesherrn und Gesetzgebers liege. Haben also Kläger die erwähnte Präclusivfrist wirklich verstreichen lassen, ohne ihr Privilegium bei der Behörde anzuzeigen, so können sie sich auch gegen Beklagte nicht weiter darauf beziehen, und diese sind, dafern nicht Klägern die Verjährung zur Seite steht, vollkommen befugt, sie von Ablauf jener Frist an zur Mitleidenheit bei den allgemeinen städtischen Oblasten zu ziehen. — Indeß haben Kläger auch nirgends ausdrücklich zugegeben, daß sie jene Frist versäumt haben; daher haben denn Beklagte auf den Fall, daß sie den anderen Klaggrund der Verjährung durch den Eid ablehnen sollten, von dem auf das Privilegium gestützten nicht gänzlich losgesprochen werden können, damit nicht den Klägern, wenn sie in einer neuen Klage die in Zeiten erfolgte Anzeige des Privilegiums noch anzuführen vermöchten, res judicata entgegenstehe; vielmehr war für den gedachten Fall die im vorigen Erkenntnisse ausgesprochene Abweisung in der angebrachten Maße zu bestätigen.

Das OAG. stellte jedoch auf eingewandte Berufung das Erkenntniß erster Instanz in der Hauptsache wieder her.

Entscheidungsgründe:

So viel die ꝛc. Beschwerden anlangt, so sind sie dagegen gerichtet, daß die Klage, so weit solche auf ein Privilegium vom Jahre 1370 und einen Ablösungsvertrag vom Jahre 1835 gestützt worden, in der angebrachten Maße abgewiesen worden ist.

Die früheren Erkenntnisse sind in dieser Beziehung aus nachbemerkten Gründen zu bestätigen gewesen.

Jenes Privilegium ist durch die eingeräumte Unterlassung der Anmeldung desselben bei der competenten Behörde binnen der durch die Ordonnanz vom 19. Juli 1828 § 304. gesetzten Präclusivfrist als erloschen anzusehen. Hierdurch erlangten die übrigen Garnisonsorte, insoweit ihnen gedachtes Privilegium, so lange es noch in Kraft war, zum Nachtheile gereichte, das Recht, die Stadt Sch vom 19. Juli 1831 an zu den Garnisonsorten und zum Ausgleichungsfond wegen des Servisaufwands herbeizuziehen, eben weil jenes Privilegium in Wegfall gelangte und die Stadt Sch. keine Beiträge zu den Cavalerie-

verpflegungsgeldern giebt, mithin als Stadt zu den Garnisonsorten gehört.

Cf. die Ordonnanz vom 30. Juni 1752. § 14. 53. 56. (Cont. I. Cod. Aug. Tom. I. pag. 1150.)

Rescript vom 15. Mai 1812. (Cont. III. Cod. Aug. Tom. I. pag. 708.)

Ordonnanz vom 19. Juli 1828. 1r. Theil § 2. 3. 4. 17. 19. 246. 247. (Gesetzsammlung vom Jahre 1828. Seite 75. 78. 123. 144.)

Der Ablösungsvertrag vom 10. Juni 1835 hat, wie es in dessen Eingange heißt, lediglich den Zweck, der Stadt Sch. die durch Privilegium erlangte Befreiung von Staatsabgaben abzukaufen. Der Staatsfiscus hätte auch dabei den Garnisonorten nicht präjudiciren können, weil mit dem 19. Juli 1831 dieselben ein Recht auf Herbeiziehung der Stadt Sch. zum Servisausgleichungsfonds dann, wenn das Privilegium durch unterlassene Anmeldung erloschen war, schon erlangt hatten, bei dieser Ausgleichung aber nicht der Staat, sondern blos die Garnisonorte unter sich interessirt sind und hierbei eine Art von Societätsverhältniß unter den Betheiligten stattfindet. Zudem war es Klägerm zur Zeit des Abschlusses des angezogenen Vertrags längst schon bekannt, daß die übrigen Garnisonorte die Herbeiziehung der Stadt Sch. als Garnisonort beschlossen und geltend gemacht hatten. Davon, daß Kläger wegen Freilassung Sch. von dieser Herbeiziehung mit den übrigen Garnisonorten unterhandelt und ein Abkommen getroffen habe, ist in der Klage etwas nicht, sondern nur so viel erwähnt worden, daß beregtes Privilegium auch in Ansehung der Militärprästationen jeder Art bis zum 10. Juni 1835 factisch bestanden habe, ohne dieses Anführen näher zu begründen.

Aus diesen Gründen war das in erster Instanz gesprochene Urthel nochmals zu bestätigen.

Kläger hat ausdrücklich angeführt, daß das Privilegium vom Jahre 1370 der Grund sei, aus welchem die Stadt Sch. von jeher eine Befreiung von Militärleistungen jeder Art genossen habe. Derselbe kann daher auf den Grund einer vom Jahre 1701 an genossenen Befreiung von allen und jeden Militärleistungen eine Verjährung nicht stützen, ebenso wenig, wie

z. B. ein Besitzer eines eigentlich steuerbaren Grundstücks die Steuerfreiheit des letzteren zugleich auf ein altes, vor dem 22. Juni 1661 ertheiltes, in neuester Zeit jedoch unwirksam gewordenes Privilegium, und auch darauf, daß eine Steuerbefreiung wegen dieses Privilegiums bis zur Zeit seines Erlöschens, bis zum 1. Januar 1701 zurück stattgefunden habe, gründen, oder ein Erbzinsmann nach Auflösung des vielleicht 40 Jahre hindurch bestandenen Verhältnisses die Ausantwortung des zeither inne gehabten Gutes an den Obereigenthümer blos deßhalb, weil er dasselbe über rechtsverjährte Zeit besessen habe, verweigern kann. Die Ordonnanz vom 19. Juli 1828 stellt vielmehr § 304. nach Analogie des Mandats vom 24. März 1810 die Verjährung als einen selbstständigen Grund zu Erlangung von Realbefreiung in Beziehung auf Militärleistungen auf.

Hätte der Staat vor dem 19. Juli 1831 die Stadt Sch. mit stehender Garnison belegen wollen, so hätte diese sich auf beregtes Privilegium berufen. Erst mit dem Erlöschen gedachten Privilegii trat für die übrigen Garnisonorte die Möglichkeit ein, ein Recht auf Herbeiziehung von Sch. zu dem Ausgleichungsfond ausüben zu können. Vor diesem Zeitpuncte konnte mithin ein Recht der Art durch Nichtgebrauch nicht verloren gehen und eine Befreiung von der in Frage befangenen Garnisonlast durch Verjährung nicht erlangt werden, weil der Staat jenes Privilegium beachtete und dasselbe dem Verlangen der übrigen Garnisonorte entgegengetreten sein würde.

Aus diesen Gründen war das Urthel erster Instanz wieder herzustellen. Die Unschlüssigkeit der Klage ist von der Verbindlichkeit zur Erstattung der erwachsenen Proceßkosten als einer nothwendigen Folge begleitet. Dagen sind die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz zu compensiren gewesen, theils weil Kläger und Beklagte appellirt, theils weil die Erkenntnisse hinsichtlich des zweiten Klaggrundes gewechselt haben.

V.

Ist vor Erlassung der Edictalladungen wegen gerichtlicher Depositen, um dieselben als bonum vacans einzuziehen, in jedem Falle die Frist von 44 Jahren abzuwarten, oder reicht dann, wenn ein gerichtliches Depositum einer Person erweislichermaßen zugehört hat, gegen welche eine kürzere als die für die milden Stiftungen in der const. 5. p. II. bestimmte, einschließlich der Restitutionsfrist, 44 Jahre betragende Verjährungsfrist eintritt, schon der Ablauf einer kürzeren Zeit aus?

Jahrb. Bd. 50 S. 426

Das AG. zu Dresden hat in einer an das Justizamt Dresden im J. 1836 erlassenen Verordnung folgende Entscheidung dieser Frage gegeben:

Das K. AG. zu Dresden ist bei nochmaliger collegialischer Berathung der ersteren, auch in der ersten Instanz gewonnenen, und von Biener, Syst. proc. § 275. Tom. II. pg. 177. ed. Siebdrat und Krug vertheidigten Ansicht aus folgenden Gründen beigetreten:

Das Mandat, die Edictalcitationen in Civilsachen außerhalb des concursus creditorum betr, vom 13. Novbr. 1779 (H. C. C. A. I. S. 367 fgg.) beabsichtigt zwar als Hauptzweck: „daß das Vermögen derer Landeseinwohner und sonderlich das Eigenthum unbeweglicher Güter in möglichste Gewiß-

heit gesetzet, folglich auch dererselben Besitzer gegen alle, wahrscheinlicherweise durch Zahlung bereits abgethane oder sonst erloschene Realansprüche sicher gestellt werden", allein der Gesetzgeber bemerkt dabei ausdrücklich, daß hierbei „darauf, daß dem unbilligen Verluste rechtmäßiger Forderungen hinlänglich begegnet werde, Bedacht zu nehmen sei", eine Rücksicht, in welcher denn auch das hauptsächliche Motiv zu der unter I. 1. im Mandate vorgeschriebenen eidlichen Bestärkung und zu der unter II. getroffenen Bestimmung, daß derjenige, welcher edictales auszubringen gedenkt, in Erforschung derer unbekannten Interessenten, die etwa einen Anspruch machen könnten, behörige Sorgfalt anzuwenden habe, zu befinden ist. Diese in dem Gesetze selbst ausgesprochene Rücksicht auf die unbekannten Interessenten muß wesentlich dazu dienen, den Standpunkt festzustellen, aus welchem einzelne Vorschriften des Gesetzes im Zweifel zu interpretiren sind. Es kommt noch hinzu, daß die Präclusion von Forderungen durch eine öffentliche Vorladung überhaupt eine Ausnahme von der Regel bildet, und daher dießfalls bestehende gesetzliche Anordnungen überhaupt streng zu interpretiren sind. Das angezogene Mandat bestimmt nun unter I. 1. zunächst, daß Edictalien zum Behuf der Cassation alter Hypotheken in dem Falle erlassen werden können, wenn „aus dem Alter der Urkunden genugsame Vermuthung entstehet, daß solche entweder durch Zahlung getilgt oder durch eingetretene Verjährung erloschen sind"; es wird aber diese letztere Bestimmung unmittelbar darauf durch die Worte erläutert: „Es soll aber zu dieser Vermuthung hinlänglich sein, wenn eine Zeit von 44 Jahren verflossen ist", eine Zeitfrist, deren Anfang im Gesetze selbst nach Verschiedenheit der Fälle verschieden berechnet wird. Der Grund dieser Bestimmung ist offenbar der, weil durch den Ablauf von 44 Jahren die Verjährung auch gegen die in der oben angezogenen const. 5. P. II. bemerkten Stiftungen vollendet sein würde, wenn die Forderung ursprünglich und beim Beginn der Verjährungsfrist einer solchen zustand oder an sie während des Laufs der Verjährung gelangt sein sollte, indem

auch in dem letzteren Falle das privilegium der längeren Verjährungsfrist eintritt.

Gottschalk, Disc. for. III. 22. pg. 296 sq. ed. II.

Unterholzner, ausführl. Entwickelung der ges. Verj. Lehre. Thl. I. § 30. S. 116. no. II.

Sogar bei Forderungen, welche mit einer Hypothek verbunden sind, hielt sonach der Gesetzgeber den Ablauf von 44 Jahren in jedem Falle für nöthig, obwohl dergleichen Forderungen gesetzlicher Vorschrift gemäß nur unter gerichtlicher Confirmation, durch welche der Inhaber der Forderung zur Kenntniß des judicii gebracht wird, transferirt werden sollen. Wenn aber unter I. 6. des mehrerwähnten Mandats ferner die Bestimmung getroffen wird, daß Erlaß der Edictalien zum Behufe der Präclusion jedes daran zu machenden Anspruchs stattfinden solle, „bei gerichtlichen Depositis, wenn entweder derjenige, welcher die Deposition eines an das Depositum gemachten, jedoch nicht fortgestellten Anspruchs halber veranlasset, nicht anzutreffen oder verstorben und dessen Erben nicht bekannt sind, oder der Anspruch entschieden oder durch Verjährung, welche von der Zeit an, da das Depositum ohne Contradiction zur Verabfolgung bereit gelegen, zu rechnen, erloschen sei", so muß, da eine andere Ansicht im Gesetze nicht ausgesprochen ist, angenommen werden, daß der Gesetzgeber auch bei dieser Bestimmung von denselben Voraussetzungen über den Eintritt der Vermuthung, daß jeder Anspruch an das Depositum durch Verjährung erloschen sei, ausgegangen sei, die er in dem Gesetze selbst unter I. 1. nur erwähnter Maßen ausdrücklich ausgesprochen hat. Wollte man annehmen, daß der unter 6. des Gesetzes getroffenen Anordnung die Ansicht unterliege, daß bei Erlassung der Edictalien wegen gerichtlicher Depositen schon der Ablauf der gewöhnlichen Verjährungsfrist, wenn der Deponent nicht unter die wegen des Laufs der Verjährung privilegirten Personen gehöre, ohne Rücksicht auf die Möglichkeit des Falls, daß der Anspruch auf eine der letzteren übergegangen sei, ausreiche, so würde man in das Gesetz selbst eine Inconsequenz hineinlegen, die um so mehr auffallen müßte, da

bei den Depositen zum Uebergange des Forderungsrechts auf eine andere Person und demnach auch möglicherweise an eine der in der const. 5. P. I. gedachten Stiftungen, eine Concurrenz des Richters, wie solche bei den mit Hypotheken versehenen Forderungen eintreten soll, gar nicht erforderlich ist, mithin bei den Depositen ein Umstand, welcher Veranlassung zur Bekanntmachung der jedesmaligen Interessenten bietet und sonach einigermaßen zu deren Sicherung dient, wegfällt.

VI.

Ueber die subsidiäre Verbindlichkeit der Großältern väterlicher Seite, zum Unterhalte eines außer der Ehe erzeugten Kindes beizutragen. — Dec. 28. von 1764. Mandat v. 28. November 1828. § 6. — Wie muß eine diese Verbindlichkeit geltend machende Klage fundirt werden? Wann tritt diese Verpflichtung ein? —

(L—d ÷ J—n. 1836.)

Des Klägers Tuendin sei — nach dem Anführen der auf Eidesantrag beruhenden Klage — von dem Sohne der Beklagten (der J—schen Eheleute), bei denen sie gedient, geschwängert worden; der Sohn des Beklagten befinde sich in väterlicher Gewalt, sei aber auf die Wanderschaft als Gesell gegangen, und zwar auf Anrathen der Beklagten, die das Verhältniß desselben zur Deflorata gewußt, um sich den Ansprüchen derselben zu entziehen. Der Klage lag ein gerichtliches Attest bei, daß die Aeltern der Deflorata verstorben wären und nichts hinterlassen hätten. — Beklagte leugnen im Allgemeinen den Klaggrund. —

Die Facultät erkannte: dieweil der Grund der erhobenen subsidiarischen Alimentationsklage weder darin, daß der angebliche Schwängerer von Klägers Pflegbefohlener annoch der väterlichen Gewalt des Beklagten unterworfen ist, noch darin, daß die Beklagten von ihres Sohnes vertrautem Umgange mit derselben gewußt haben sollen, noch darin, daß Beklagte, wie von Klägerm für den gebrauchten Eidesantrag viel zu allgemein angeführt worden ist, ihrem Sohne, damit er auf die Wanderschaft gehen könne, Vorschub geleistet haben sollen, noch endlich darin, daß der Aufenthalt des angeblichen Schwängerers unbe-

kannt sein soll, enthalten sein kann, sondern allein in der durch die 28. Dec. von 1746 und das Mand. vom 12. Nov. 1828 § 6. bestimmte Verbindlichkeit der väterlichen Großältern unehelichen Kindes, dieses für den Fall, daß der Vater, die Mutter und die mütterlichen Großältern desselben todt oder zur Unterhaltung des Kindes unvermögend sind, zu ernähren, liegt, nun aber, wenn auch durch das Attest der Tod der mütterlichen Großältern erwiesen ist, und wenn man auch, daß nach demselben Atteste die Mutter des Kindes zu Ernährung desselben unvermögend sei, annehmen, ingleichen die angestellte Klage, so lange nicht die Thatsache der Schwängerung unmittelbar gegen den noch lebenden angeblichen Schwängerer rechtlich dargethan ist, für unbegründet nicht erachten wollte, dennoch dieselbe mit Hinsicht darauf als unstatthaft erscheint, daß das Unvermögen des Schwängerers zur Ernährung des Kindes durch die vergeblich versuchte Execution, oder was ihr gleichsteht, bewiesen sein muß, so hat des Klägers Suchen, immaßen es angebracht, nicht Statt. — Auf eingewandte Appellation erkannte das Appellationsgericht zu Dresden auf Leistung des angetragenen Eides (de credulitate) in Betreff des Factums der Defloratio aus folgenden Gründen:

Es ist lediglich die gesetzliche Verpflichtung der Großältern väterlicher Seite, subsidiarisch zum Unterhalte eines außer der Ehe erzeugten Kindes beizutragen,

Dec. 28. v. 1746. Mand. vom 28. Novbr. 1828. § 6.

als Klaggrund zu berücksichtigen, und in dieser Beziehung ist die Klage allerdings hinsichtlich der von Zeit der erhobenen Klage an fällig gewordenen und nachher fällig werdenden Beiträge zum Unterhalte des Kindes für schlüssig, auch der Inhalt der Klage zum Theil für genügend eingeräumt zu achten gewesen.

Anlangend nämlich A. den gegen Statthaftigkeit der Klage deßhalb erhobenen Einwand, weil die Thatsache der Schwängerung noch nicht constatirt worden sei, diese aber nur gegen den Schwängerer selbst oder einen demselben zu bestellenden Abwesenheitsvormund mit rechtlicher Wirkung erörtert werden könne, so würde solcher nur dann rechtliche Beachtung verdienen, wenn

die Verbindlichkeit, die Gegenstand der Klage ist, von der Entscheidung einer den persönlichen Zustand des Kindes betreffenden Vorfrage abhängig wäre. Solchenfalls müßte allerdings diese Vorfrage zunächst entschieden werden.

C. de ord. cogn. VII. 19. c. 1. 5. 5. — I. de act. (IV. 4.) § 13. Glück, Erl. d. Pand. III. § 272. S. 595 fg. VI. S. 512.

Bei der Verbindlichkeit, zum Unterhalte außer der Ehe erzeugter Kinder beizutragen, handelt es sich aber keineswegs um die Entscheidung von Familienrechten, vielmehr entspringt dieselbe unmittelbar aus den dieserhalb vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen, und es kann daher auch die Frage, ob eine Person als Schwängerer anzusehen sei, um so weniger für quaestio status angesehen werden, als bei deren Erörterung nicht einmal die Einrede, daß die Vaterschaft ungewiß sei, beachtet werden soll. In dem vorliegenden Processe ist die erwähnte Frage nur Beklagtem und Mitbeklagter gegenüber zu entscheiden und diese Entscheidung von dem hierüber angetragenen Haupteide abhängig zu machen gewesen, der aber natürlich nur de credulitate zuerkannt werden konnte.

B. Zu Begründung der erhobenen Klage ist allerdings erforderlich, daß die Voraussetzungen, von denen die subsidiarische Verpflichtung der Großältern väterlicher Seite, zum Unterhalte eines außerehelichen Kindes beizutragen, abhängen, angeführt und soweit nöthig dargethan werden.

Zu diesen gehört nun

1) daß der Vater verstorben oder dem Kinde die nöthige Alimentation nicht geben könne. Von letzterem Falle ist hier die Rede und dafür zu bemerken, daß in dem Gesetze vom 12. November 1828 statt der in der Decision enthaltenen Worte die Ausdrücke: „zu dessen Ernährung etwas beizutragen unfähig", gebraucht worden sind. Es läßt sich aber keineswegs behaupten, daß solches nur dann angenommen werden könne, wenn die versuchte Execution gegen den Schwängerer selbst ohne Erfolg geblieben sei. Denn das Gesetz schreibt nicht vor, wodurch das Unvermögen des Vaters nachgewiesen werden soll, und es liegt daher kein Grund vor, Beschränkungen in der Wahl der hierzu geeigneten Mittel eintreten zu lassen. Wenn nun in der

Klage die directe Behauptung vorkommt, daß der Beklagten Sohn dermalen ganz ohne Mittel sei, das Kind zu ernähren, so bleibt nur zu erörtern übrig, ob Beklagten die Leistung über den verneinten Inhalt dieses Abschnitts der Einlassung nachzulassen sei. Jedoch genaue Prüfung der von Beklagten eingeräumten Thatsachen läßt dieses bedenklich erscheinen. Es wird von ihnen zugegeben, daß der angebliche Schwängerer weder liegende Gründe, noch Capitalien besitze. Sein Unvermögen könnte daher nur in Bezug auf den Erwerb durch eigene Thätigkeit bezweifelt werden; da aber auch eingeräumt worden ist, daß sich derselbe als wandernder Handwerksgeselle in der Fremde befinde, so steht Klägerm die Vermuthung zur Seite, daß ein solcher wandernder Geselle, wenn er auch Arbeit findet, durch sein Wochenlohn nur seinen eigenen nöthigen Bedarf erwirbt, und folglich vor der Hand unvermögend ist, zum Unterhalte des Kindes etwas beizutragen. Es kommt hinzu, daß dieser Umstand allerdings die Verfolgung des Anspruchs gegen den Schwängerer selbst als unausführbar darstellt, weil es kein anderes Hilfsobject geben würde, als des ohne festen Aufenthalt sich herumtreibenden Schwängerers zufälliges Wochenlohn, und dieserhalb Inhibitionen auszubringen, bei dem Wechsel und der meist kurzen Dauer des Aufenthalts, den der Kläger zu erforschen ohnehin in der Regel gar nicht im Stande sein würde, unmöglich erscheint. Diese Verhältnisse beruhen theils in der Notorietät, theils ergeben sie sich auch aus den bekannten gesetzlichen Vorschriften über das Innungswesen, das Wandern und die Wanderbücher.

2) Anlangend der Pflegbefohlenen Klägers eigene Vermögensumstände, so geht aus dem gerichtlichen Zeugnisse hervor, daß ihr von ihren Aeltern kein Vermögen hinterlassen worden ist; daß sie auf andere Weise Vermögen erlangt habe, wird nicht behauptet. Ebenso wenig kann vermuthet werden, daß dieser Person, da sie früher bei Beklagten als Magd gedient hat, gegenwärtig eine ergiebigere Erwerbsquelle als gemeiner Gesindedienst zu Gebote stehe, und es wäre ebenfalls als Einrede anzusehen gewesen, wenn Beklagte die Existenz einer ergiebigeren Erwerbsquelle behaupten wollten. Ist diese aber nicht zu prä-

sumiren, so ist es auch anzunehmen, daß im gegenwärtigen Falle die Mutter selbst unvermögend sei, den Aufwand zum Unterhalte des Kindes ohne Beihilfe zu bestreiten, und daß es daher keiner weiteren Nachweisung hierüber bedürfe.

3) Ueber die Vermögensverhältnisse der Beklagten bedurfte es Seiten des Klägers keiner besonderen Nachweisung, vielmehr hätten diese ihr Unvermögen als Einrede vorzuschützen gehabt. Der Beachtung einer solchen Exception würde aber schon die negative Einlassung entgegengestanden haben. — Dagegen lag allerdings kein Grund vor, die eventuell ausgesprochene Verurtheilung auf solidarische Verpflichtung Beklagtens und Mitbeklagter zu richten. Dem Sinne der erwähnten gesetzlichen Bestimmungen schien es vielmehr zu entsprechen, die Verbindlichkeit der Großältern als eine den Großvater und die Großmutter antheilig treffende Verpflichtung anzusehen, jedoch so, daß bei eintretendem Unvermögen des einen Theils dessen Antheil von dem anderen zu vertreten ist. — Wegen des Beitrags zu den vor Anstellung der Klage verwendeten Alimenten war das Urthel erster Instanz zu bestätigen. Denn die subsidiäre Verbindlichkeit der Großältern zu Leistung dieser Beiträge tritt erst dann in Wirksamkeit, wenn die Mutter unvermögend ist, das Kind aus eigenen Mitteln zu erziehen. Absolute Gewißheit ist über diesen Umstand fast nie zu erlangen, und es ist auch für ausreichend zu achten, wenn der Mangel eigenen Vermögens und eines präsumtiv mehr als den persönlichen Unterhalt gewährenden Erwerbszweigs dargethan wird, wie dieß in dem vorliegenden Falle geschehen ist. Es kann jedoch auf diese Weise nur eine rechtliche Vermuthung, die den Beweis des Gegentheils nicht ausschließt, herbeigeführt werden, und deren Wirkung fällt weg, wenn der Aufwand von der Mutter wirklich bestritten worden ist Beiträge wegen der Vergangenheit, also auf eine Zeit, wo die Erklärung, das Kind nicht aus eigenen Mitteln erziehen zu können, noch nicht erfolgt war, könnte daher Klägers Pflegbefohlene nur dann fordern, wenn sie anzuführen vermöchte, daß sie den Erziehungsaufwand durch erhaltene Darlehne oder sonst auf eine Weise bestritten hätte, wodurch erst künftig noch zu erfüllende Verbindlichkeiten für sie erwachsen

wären. In dieser Hinsicht fehlen wenigstens der Klage die erforderlichen thatsächlichen Unterlagen.

Gottschalk, III. 9. pag. 138. 146.

Das Oberappellationsgericht confirmirte dieses Erkenntniß, jedoch mit den Erläuterungen: „daß es den Beklagten unbenommen bleibe, a) dafern in Zukunft solche Umstände eintreten sollten, unter welchen ihr Sohn wegen Alimentation des Kindes mit Erfolg in Anspruch genommen werden könnte, nach Befinden die Klägerin oder den Vormund des Kindes hierzu aufzufordern; b) sowohl eintretenden Falls durch den Richter erster Instanz ermitteln zu lassen, ob und inwieweit Klägers Pflegbefohlene die Alimente ihres Kindes entweder allein zu übernehmen oder hierzu einen verhältnißmäßigen Beitrag zu geben im Stande sei, und möge sie sich alsdann nicht entbrechen, sich letzteren von dem alljährlichen Quanto, in das Beklagter und Mitbeklagte verurtheilt worden, in Abrechnung bringen zu lassen." — Aus den Entscheidungsgründen: ad a. Wenn auch die auf Grund der Zugeständnisse der Beklagten, daß sich der angebliche Schwängerer als wandernder Handwerksgeselle in der Fremde befinde, aufgestellte Ansicht, daß ein solcher Geselle, dafern er Arbeit finde, durch seinen Wochenlohn nicht vermögend sei, zum Unterhalte des Kindes etwas beizutragen, um deßwillen Bedenken erregen muß, weil solchenfalls manche Personen, die mit dem Vater des mit der Pflegbefohlenen Klägers erzeugten Kindes in gleichen Verhältnissen stehen, sich ebenso den an sie in der fraglichen Hinsicht gemachten Ansprüchen würden entziehen können, so ist doch dem noch außerdem angegebenen Grunde, daß jener Umstand die Verfolgung des Anspruchs gegen den Schwängerer selbst als unausführbar darstelle, um so mehr beizupflichten, als auch bei Correalverbindlichkeiten die Schuldner, von welchen die ganze Schuld verlangt wird, sich der Ausflucht der Theilung nicht bedienen können, wenn die übrigen Schuldner nicht zu belangen sind,

Curtius, III. § 1145.

und nach dem Zwecke der Decis. 28. von 1746 und des Mand. v. 12. Novbr. 1828 dieser Fall dem Falle des gänzlichen Unvermögens des Vaters allerdings gleichzusetzen ist.

VII.

Ueber die Frage, ob der in Folge der clausula cassatoria geschehene Widerruf des einem Anderen an einer Sache übertragenen Eigenthums das letztere ex nunc oder ex tunc auflöst?

Erk. des A. G.s zu Budissin v. 26. Septbr. 1835.

Anlangend hiernächst die Entscheidung der Hauptfrage, so hat nach Inhalt des Contracts Beklagter unterm 4. Septbr. 1820 sein Grundstück zu — an den S. gegen eine jährliche Leibrente von 250 Thlrn. in halbjährigen Terminen zu 125 Thlrn. zahlbar, dergestalt als Eigenthum abgetreten, daß S. mit demselben ganz so schalte, walte und gebahre, wie es die Sächsischen Gesetze einem jeden Eigenthümer gestatten, dabei aber sich vorbehalten, daß, wenn zwei halbjährige Termine der stipulirten Leibrente unberichtigt zusammenkommen würden, sodann dieser Leibrentencontract von ihm sofort für erloschen soll erachtet und ohne alle Entschädigung und mit Verlust der bis dahin bezahlten Leibrente das abgetretene Haus sammt Zubehör, wie solches sodann steht und liegt, wiederum von ihm an sich genommen und als wahres Eigenthum behandelt werden können.

Während nun S. das Grundstück besessen, hat er solches für die jetzt in Frage befangene Forderung der Kläger verpfändet, später ist in Folge obigen Vorbehalts das Grundstück an Beklagten zurückgelangt, und dieser hat der Anerkennung des Pfandrechts der Kläger sich geweigert.

Nun kann schon nach den ausdrücklichen Worten des Contracts darüber kein Zweifel obwalten, daß durch denselben und

die hinzugetretene Beleihung S. Eigenthümer des Grundstücks im vollsten Sinne des Worts wurde und als solcher auch berechtigt war, demselben eine Pfandverbindlichkeit aufzulegen.

Wenn jedoch das ihm zuständige volle Eigenthum wegen des beigefügten commissorischen Vertrags als ein widerrufliches sich darstellt, so entscheidet die Lösung der Frage, ob der später wirklich erfolgte Widerruf ex nunc oder ex tunc Statt hatte, zugleich über das Fortbestehen oder Aufhören des Pfandrechts, da nur im letzteren Falle die Rechtsregel: **resoluto jure concedentis resolvi jus concessum**, Anwendung findet.

Wie nun schon im Allgemeinen die Vermuthung dafür streitet, daß der Widerruf des Jemandem bisher zuständig gewesenen vollen Eigenthums an einer Sache nur **ex nunc** zu erfolgen habe,

Glück, Pandecten-Commentar. Bd. VIII. Seite 77.
Thibaut, Pandectenrecht. § 579.

so gilt dieses im Zweifel auch von dem Falle, wo in Folge des commissorischen Vertrags ein solcher Widerruf ausgeübt wird,

Zimmern, über Resolutiv-Bedingungen. (Archiv f. civ. Praxis. Bd. V. S. 238.)

und es muß daher derjenige, welcher dießfalls eine **resolutio dominii ex tunc** behauptet, sich solche ausdrücklich vorbehalten haben.

Fritz, über das Erlöschen dinglicher Rechte an fremden Sachen durch Aufhören des Rechts des Ertheilers. (Archiv für civ. Praxis. Bd. VIII. S. 294.)

Ja man kann sogar das von Beklagtem für die von ihm genommene entgegengesetzte Ansicht angezogene **fr. 3. D. quib. modis pign. vel hypoth. solvitur (XX. 6.)** zur Rechtfertigung dieser Sache benutzen. Denn, wenn es auch darin heißt: **bei einer sub pacto addictionis in diem geschehenen Veräußerung werde, si melior conditio allata sit, die immittelst der verkauften Sache aufgebürdete Pfandverbindlichkeit beendigt**, so wird doch darin weiter bemerkt:

quamquam ubi sic res distracta sit, nisi emtori displicuisset, pignus finiri, non putet,
(sc. Marcellus, lib. V. Dig.)

und da diese Worte nur so gedeutet werden können, daß, wenn die Auflösung des Geschäfts von der Willkür des Erwerbers der Sache abhängig gemacht ist und derselbe hiervon Gebrauch macht, die Rechte, welche er vorher auf die Sache gelegt, nicht erlöschen sollen, nun aber der Eintritt der von Beklagtem sich ausgedungenen cassatorischen Clausel insofern von S, des Käufers, Willen abhing, als er durch pünktliche Zahlung solchen hätte behindern können, so folgt daraus, daß diese Gesetzstelle nicht nur, wie die übrigen bezogenen, das von Beklagtem daraus gefolgerte nicht beweiset, sondern daß sie seiner Ansicht sogar entgegentritt.

Im vorliegenden Falle ist nun aber dafür in dem zwischen Beklagtem und S. abgeschlossenen Contracte nicht einmal eine Andeutung zu finden, daß sich erstere eintretenden Falles die **resolutio ex tunc** vorbehalten hätte. Schon deßwegen würde wegen der für die **resolutio ex nunc** bestehenden Präsumtion das Fortbestehen des klägerischen Pfandrechts anzunehmen sein. Allein es geben auch die Worte des Contracts, daß, wenn zwei halbjährige Leibrententermine zusammen kämen, der Contract sodann vom Verkäufer für erloschen solle geachtet werden, und daß Beklagter das abgetretene Haus nebst Zubehör, wie solches sodann stehe und liege, solle an sich nehmen können, deutlich an die Hand, daß die Absicht der Contrahenten eintretenden Falles nur auf einen Widerruf **ex nunc** gerichtet war. Und wollte man selbst wieder mit Beklagtem des Dafürhaltens sein, daß bei den Worten: „wie das Grundstück sodann steht und liegt", nicht gerade an immittelst constituirte Hypotheken gedacht worden, so würde dieses doch theils für denselben noch nichts beweisen, da noch immer die mehrerwähnte Präsumtion ihm entgegensteht, theils würde, da man jene Worte ihrem Sinne nach unbezweifelt auch hierauf beziehen kann, Beklagtem noch immer der Vorwurf, daß er nicht deutlich genug seine Absicht ausgedrückt, und der damit verbundene Rechtsnachtheil treffen.

Das Ober-App. Ger. bestätigte dieß Erkenntniß (6. Februar 1836).

Entscheidungsgründe:

Die Sache selbst betreffend, so ist den, bereits den vorigen Erkenntnissen beigefügten Gründen allerdings beizupflichten gewesen.

Hinsichtlich der Wirkung des einer Person eingeräumten widerruflichen Eigenthums kommt es darauf an, ob das Eigenthum, wie man zu sagen pflegt, ex tunc, oder ex nunc resolvirt werde.

Im ersteren Falle, für welchen jedoch die Vermuthung nicht streitet, hört nach der Regel: **resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis**, das Eigenthum dergestalt auf, als ob selbiges niemals auf den Anderen übertragen worden wäre, und alle in der Zwischenzeit dritten Personen auf der Sache ertheilte Realrechte als Hypotheken, Servituten u. s. w. erlöschen von selbst mit der Existenz des den Widerruf begründenden Thatumstands, wie denn auch dem vorigen Eigenthümer gegen jeden Besitzer der Sache eine Realklage zusteht. Dagegen wird ex nunc (was in der Regel anzunehmen) das Eigenthum resolvirt, wenn der vorige Eigenthümer nur gegen den Empfänger eine Personalklage hat, vermöge welcher nach Eintritt des den Widerruf begründenden Thatumstandes lediglich dasjenige von dem Empfänger zurückgefordert werden kann, was und wie Letzterer es noch besitzt. Eine solche Personalklage allein findet in dem Falle Statt, wenn der Contract seinem Inhalte nach nicht mit dem Eintritte der festgesetzten Resolutivbedingung für ipso jure und schlechterdings nichtig geachtet werden kann, sondern von den Contrahenten oder einem oder dem anderen derselben nur die Ausübung des Rechts, von dem Contracte wieder abgehen zu dürfen, **vorbehalten** worden.

Vergl. Glück, Erl. d. P. Th. 4. Seite 488 sq. junct. Th. 8. S. 76 sq.

Beurtheilt man nun nach diesen unstreitig richtigen Grundsätzen den vorliegenden Fall, so kann nach dem Inhalte des

Contracts, in welchem H. das Grundstück gegen eine jährliche Leibrente Johann Georg St. dergestalt als Eigenthum überließ, daß Letzterer mit demselben ganz so sollte schalten, walten und gebahren dürfen, wie es die Sächsischen Gesetze einem jeden Eigenthümer gestatten, die Richtigkeit der den vorigen Erkenntnissen zum Grunde liegenden Annahme, daß im gegenwärtigen Falle nur eine resolutio ex nunc eingetreten sei, keineswegs bezweifelt werden, da der jetzige Beklagte sich nur vorbehalten hat, daß, wenn zwei halbjährige Termine der stipulirten Leibrente unberichtigt zusammen kommen würden, sodann dieser Leibrentencontract von ihm sofort für erloschen solle erachtet und ꝛc. das abgetretene Haus sammt Zubehör, wie solches sodann stehe und liege, wiederum von ihm an sich genommen und als wahres Eigenthum behandelt werden können, welchen Vorbehalt der damalige Mitcontrahent S. vergleichsweise zugestanden hat.

Dieselbe Ansicht hat auch der rechtskräftig gewordenen Entscheidung des vormaligen Appellationsgerichts untergelegen, indem nach solcher der zwischen dem gegenwärtigen Beklagten, damaligem Kläger und vorernanntem S. abgeschlossene Leibrentencontract als mit dem Tage der Einreichung der am 5. October 1832 übergebenen auf Annulirung des gedachten Leibrentencontracts gerichtet gewesenen Klage erloschen und aufgehoben betrachtet, sowohl S. (der dermalige Beklagte) das besage jenes Contracts ihm übereignete Grundstück, wie solches am vorbemerkten Tage gestanden und gelegen, auch mit den seit solcher Zeit gezogenen oder zu ziehen gewesenen Nutzungen an Klägern (gegenwärtig Beklagten) wiederum zurückzuübergeben, verurtheilt worden.

Dickmann — Entscheidungen d. k. S. A. G. H. Bd. 239. Ly.

VIII.

Ueber die Erfordernisse einer Klage auf Ersatz des durch einen Fehler des Sachwalters seiner Partei zugezogenen Schadens. — Ist der Richter verpflichtet, die aus den Acten sich liquid ergebende Einrede der Verjährung ex officio zu attendiren?

(Vergl. oben Abh. VIII.)

Kläger führte in seiner auf Eidesantrag gestützten Klage an: Im Jahre 1830 sei er und sein nun verstorbener Bruder wegen eines Capitals von 50 Thlrn., welches auf einem von ihrem Großvater ererbten Hause hypothekarisch versichert war, in Anspruch genommen, und im Verlaufe der Sache verurtheilt worden, dieses Capital nebst 5 % Zinsen von Ostern 1772 an zu bezahlen. Es sei aber — wie sie dann gemerkt — diese Forderung durch Verjährung erloschen gewesen, und es habe dennoch der Beklagte, ihr, der damaligen Beklagten, Anwalt, diese Einrede nicht zur rechten Zeit vorgeschützt. Er sei daher schuldig, das Capital nebst den Zinsen, zusammen 205 Thlr., und die Kosten jenes Processes ihnen zu restituiren. Der Beklagte, der diese facta einräumte, schützte vor, 1) der Richter habe die Einrede der Verjährung richterlichen Amtswegen zu attendiren; 2) es habe der jetzige Kläger selbst damals, als er wegen dieses Capitals in Anspruch genommen worden sei, gegen Beklagte seine Schuld anerkannt und deren Betrag gerichtlich deponirt, um die Cassation der Hypothek zu bewirken, und nur insoweit habe mithin auch Klägers Auftrag an Beklagten sich erstreckt; 3) Kläger und sein Bruder hätten in einer nachträglich ausgestellten

Vollmacht das von Beklagtem Verhandelte genehmigt; 4) die Klage sei zu generell; 5) die Einrede der Verjährung würde nicht beachtet worden sein, weil a. das Capital für einen Abwesenden (Fr. Gotth. M.) versichert gewesen (agere non valenti non currit praescriptio), b. Kläger und seine Vorbesitzer sich in mala fide befunden hätten. Die Facultät erkannte (1834): Dieweil Beklagter ꝛc. eingeräumt hat, die von ihm gleichzeitig vorgeschützten Einreden aber zur Entkräftung des Rechtsgrundes sothaner Klage nicht geeignet sind, vielmehr daß er bei Ausführung des ihm ertheilten Auftrags gewisse, noch ungelöscht auf seines Clienten Grundstück haftende Hypotheken zu beseitigen und bei Führung des von Fr. Gotth. M. Abwesenheitsvormund in Betreff einer solchen Hypothek verhangenen Rechtsstreites einer nach den Grundsätzen über den Mandatscontract im Allgemeinen und über die Pflichten des sachverständigen Anwalts insbesondere zu vertretenden culpa sich schuldig gemacht, ohne Weiteres angenommen werden muß,

C. 13. 21. C. IV. 35.
Curtius, Handbuch. III. § 1165. b.

wenn man erwägt, daß Inhalts der von ihm selbst beigebrachten Privatacten sein Constituent ihn über das wahre Sachverhältniß, namentlich darüber, daß seit 1772 von dem fraglichen hypothekarischen Capitalrückstande an 50 Thlrn. keine Zinsen bezahlt worden, durch Mittheilung der hierauf bezüglichen Originalurkunden genugsam instruirt, derselbe mithin darüber, daß die hypothekarische Klage sammt der Forderung an Hauptstamm und Zinsen im Jahre 1830 durch Verjährung unter allen Umständen erloschen gewesen, als Rechtsanwalt nicht zweifelhaft sein konnte, auch seinen der Rechte unkundigen Machtgeber darüber zu belehren allerdings verpflichtet war, anneben ihm der Umstand, daß der rechtsprechende Richter diese von ihm nicht vorgeschützte Einrede ebenfalls unbeachtet gelassen, nicht zu Statten kommen kann, theils weil Letzterer nach Const. El. 25. P. I. Amtswegen solche zu berücksichtigen nicht unbedingt verpflichtet ist, theils weil ihm obgelegen hätte, in der wider den condemnatorischen Bescheid eingewandten Berufung darauf ein Gravamen zu richten, weiter in der ihm geschehenen Mit-

theilung seines Clienten, den Hauptstamm deponiren zu wollen, schon an sich ein Anerkenntniß der rechtlichen Verbindlichkeit zur Zahlung keineswegs enthalten ist; endlich die Ausstellung einer auf Genehmigung des bereits Verhandelten gerichteten Proceßvollmacht, auf deren Beibringung erkannt worden, ein Verzicht des Clienten auf alle gegen den bevollmächtigten Anwalt wegen dessen vorher verhangener Verschuldungen geltend zu machende Regreßansprüche um so weniger in sich faßt, wenn solche von den Clienten erst später wahrgenommen worden; unter diesen Umständen nun Beklagter zum Ersatz des von seinen Constituenten in Folge rechtskräftiger condemnatorischer Entscheidung von dem damaligen Beklagten bezahlten Hauptstamms und Zinsen an überhaupt 205 Thlrn. allerdings zwar für verpflichtet zu achten, andererseits jedoch Kläger eine Verbindlichkeit seines Sachwalters zum Ersatze der gesammten Proceßkosten, welche wegen des Wechsels der Erkenntnisse in jenem Rechtsstreite compensirt worden, nicht beigebracht, vielmehr, wenn man erwägt, welche Ansicht von dieser Sache der Richter erster Instanz gehabt, es allerdings zweifelhaft bleibt, wie die Entscheidung auch auf den Fall der vorgeschützten exc. praescriptionis hinsichtlich des Kostenpuncts ausgefallen sein, auch, ob nicht die absolutoria von einer Eidesleistung in Betreff der Nichtexistenz neuerer Zinsenzahlungen bedingt worden sein würden, so ꝛc.

Dieses Urthel ward auf Beklagtens Appellation vom Appellationsgerichte zu Dresden reformirt und auf Beweis der Ausflucht 5. b. erkannt.

Entscheidungsgründe: Es ist anerkannten Rechtens, daß ein Sachwalter bei Besorgung des ihm übertragenen Geschäfts den möglichsten Fleiß und Sorgfalt anwenden, und daher allen und jeden durch seine Schuld und Versehen verursachten Schaden vertreten, culpam levissimam prästiren muß. Kläger verlangt unter Beziehung auf diesen Rechtssatz und unter der Behauptung, daß der von dem Stadtgerichte zu X. verhandelte Rechtsstreit wegen eines für Fr. G. M. auf Klägers Hause haftenden Capitals von 50 Thlrn. nebst Zinsen durch Beklagtens Schuld, der die Ausflucht der Verjährung zur rechten Zeit

vorzuschützen unterlassen, verloren gegangen sei, Ersatz des verursachten Schadens, der sich dermalen, nachdem das vorige Urthel, so weit es Beklagten von der Restitution der in dem früheren Processe entstandenen Kosten freigesprochen, in Rechtskraft übergegangen ist, auf eine Summe von 205 Thlrn. beläuft. Es stellen sich aber demnach folgende Fragen heraus: 1) hat der Beklagte als Sachwalter in dem obgedachten Rechtsstreite sich überhaupt durch Unterlassung der Vorschützung der Verjährung ein Versehen zu Schulden kommen lassen? 2) Ist ausschließlich dadurch der Verlust des Processes für Klägern herbeigeführt worden? — Nur das Vorhandensein dieser beiden Voraussetzungen und sofortiger liquider Nachweis hierüber kann die im Urthel erster Instanz ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten rechtfertigen. Denn Nachlässigkeit eines Anwalts allein, wenn nicht dadurch der Partei, die er zu vertreten hatte, ein wirklich existirendes und erweisliches Recht verloren ging, kann wohl eine Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde, aber der Natur der Sache nach keine Regreßklage begründen.

Kori, Arch. für civ. Praxis. V. No. 16. S. 399 seq.

Daß ad 1. Beklagter sich bei Vertretung der Rechte des Klägers und seiner Streitgenossen in dem mehrerwähnten Processe ein Versehen habe zu Schulden kommen lassen, wenn er eher nicht, als der condemnatorische Bescheid in Beziehung auf das Capital und Zinsen in Rechtskraft übergegangen, der der Forderung entgegenstehenden Verjährung gedachte, ist bereits im vorigen Urthel bemerkt. Kläger hat Beklagtem nach dessen eigenem Anführen die betreffenden Urkunden, aus denen das Sachverhältniß sich im Wesentlichen ergab, sogleich bei Ertheilung des Auftrags vorgelegt. Beklagter war, sollte er die ihm mitgetheilten Notizen nicht allenthalben erschöpfend befunden haben, verpflichtet, deßhalb selbst die betreffenden Acten einzusehen, und bevor er bei der Behörde weitere Vorschritte that, sich um eine möglichst vollständige Uebersicht der obwaltenden factischen Verhältnisse zu bemühen. Wäre Beklagter auch, was dahingestellt bleiben mag, in der That der individuellen Ueberzeugung gewesen, daß die M.sche Forderung durch Verjährung wegen der angegebenen Gründe nicht erloschen, und daher für Klägern

die Verbindlichkeit zur Bezahlung des Capitals nebst Zinsen begründet sei, so konnte und durfte ihm als Rechtskundigem doch auch das nicht fremd sein, was sich gegen diese Ansicht mit Grund und Beifall der Rechte behaupten läßt, und er war allerdings nicht nur den Kläger, der als Rechtsunkundiger bei ihm Beistand suchte, hierüber zu belehren, sondern auch zu gesetzlicher Vertheidigung der Rechtsame seines Clienten die hierher gehörigen Gründe früher zu rechter Zeit geltend zu machen verbunden. Die zweite Einrede läßt sich um so weniger anerkennen, als ja bei der Exstinctivverjährung überhaupt der Verjährende das ursprüngliche Vorhandensein der Forderung anerkennt und nur seine Befreiung von der Verbindlichkeit durch das positive, das Institut der Verjährung heiligende Gesetz behauptet, auch Beklagter, daß Kläger zu Deposition der Zinsen der fraglichen 50 Thlr., wozu er in dem früheren Rechtsstreite verurtheilt worden, sich ebenfalls erboten habe, nicht anzuführen vermocht. — Dagegen ist aber ad 2. die Frage, ob sich liquid aus den Acten ergiebt, daß Kläger, wenn Beklagter in dem mehrerwähnten Processe die Ausflucht der Verjährung zur rechten Zeit vorgeschützt hätte, absolvirt worden wäre, und daher lediglich durch die Verschuldung des Beklagten der Verlust des Processes und Klägers Vermögensverlust herbeigeführt worden, nicht wie im Urthel erster Instanz geschehen, sofort unbedingt zu bejahen gewesen. Beklagter hat dießfalls sub 5. a. b. behauptet, daß ꝛc. (s. oben). Die erste Behauptung ist offenbar unerheblich, da M. als Deserteur ex causa vituperabili abwesend war, daher durch seine eigene Schuld das Vermögen, sein Recht zu verfolgen, eingebüßt hatte, die angezogene Rechtsregel aber in diesem Falle nicht eintreten kann.

Thibaut, über Bes. und Verj. Theil II. Abthl. 1. § 24. S. 88.
Kori, Th. der Verj. Theil. I. § 42. S. 67.

So viel dagegen den Einwand sub b. anlangt, so ist es zwar hinlänglich bekannt, daß bewährte Rechtslehrer die bona fides als ein Erforderniß der Exstinctivverjährung der Klage nicht betrachten, und daß sich für diese Meinung in Sachsen der Gerichtsbrauch entschieden habe.

Haubold, sächs. Priv. Recht. § 276. not. k.

Allein es fehlt auch dagegen nicht an Rechtslehrern, welche auf den Grund einiger Stellen des Can. Rechts und der const. 3. P. II. die entgegengesetzte Ansicht vertheidigen. Es gehört daher die Frage, ob zur erlöschenden Verjährung bona fides von Seiten des Verjährenden erforderlich sei, unter die bestrittenen Rechtsfragen. Daß der Gerichtsbrauch in Sachsen sich für die Verneinung der Frage entschieden hat, kann (da die Praxis als eine Form des Juristenrechts deßhalb Autorität hat, weil ihr eine vorhandene wissenschaftliche Ueberzeugung zu Grunde liegt, für welche das fortgesetzte Bestehen eine gewisse Vermuthung der Richtigkeit begründet, eben deßhalb aber als unabänderliche Norm nie betrachtet werden kann, vielmehr der Prüfung und wissenschaftlichen Beurtheilung stets unterworfen bleibt) den Richter nicht verhindern, wenn er sich von der Unrichtigkeit der zeither befolgten Ansicht überzeugen sollte, davon abzugehen und die entgegengesetzte Meinung zu adoptiren. Ist dem aber so, so fehlt auch, vorausgesetzt, daß wirklich dem Kläger im vorliegenden Falle rücksichtlich des M.schen Capitals mala fides entgegenstand, der Beweis, daß durch die unterlassene Vorschützung der Verjährung der oft erwähnte Proceß verloren gegangen sei. Es kann dafür, daß der Richter in der Appellations-Instanz, wenn Beklagter in dem früheren Processe die Ausflucht der Verjährung vorgeschützt und ihm von dem Gegner der Mangel der bona fides entgegengestellt worden wäre, dieß als ein Hinderniß der Exstinctivverjährung nicht betrachtet haben würde, wohl Wahrscheinlichkeit vorhanden sein, aber nicht diejenige Gewißheit darüber beigebracht werden, welche zur Verurtheilung des Beklagten in den Ersatz des durch den Verlust des Processes dem Kläger verursachten Schadens erforderlich ist. Allerdings stellt sich daher die von Beklagtem dießfalls vorgeschützte Exception als relevant dar. Da jedoch b. f. jeden Falles auch, nach Ansicht der Rechtslehrer, die sie als nöthig zur Exstinctivverjährung betrachten, präsumirt und nur dem Gegner der Erweis der Nichtexistenz nachgelassen wird,

Curtius, § 577. Leyser, med. spec. 455. med. 9.

so ist demnach auch im vorliegenden Falle zu erkennen gewesen.

Das OAG. confirmirte.

IX.

Ueber die Location der Zinsen hypothekarischer Capitalien im Concurse.

E. P. O. ad T. 41. § 6. 46. § 3. Rescr. v. 25. Juli 1743.
(C. C. A. I. 1. S. 338.)

Erkenntniß des vormaligen Appellationsgerichts v. Jahre 1821 in dem Wilthener Licitationsgelderconcurse.

Die durch das Torgauische Ausschreiben vom 8. Mai 1583 Tit. vom Wucher aufgestellte Regel, daß weder versprochene, noch durch Verzug erwachsene Zinsen im Concurse eher, bis nicht sämmtliche Hauptstämme berichtigt worden sind, zu einiger Befriedigung gelangen können, ist zwar im Allgemeinen durch die Erl. Proceß-Ordnung ad Tit. 50. bestätigt, jedoch davon durch dieses Gesetz ad Tit. 41. § 6. und ad Tit. 46 § 3. und durch Rescript vom 25. Juli 1743 folgende Ausnahme gemacht worden.

Es sind nämlich sowohl versprochene, als auch Zinsen des Verzugs, welche von gerichtlich consentirten Posten, bei welchen der Consens nicht auf das Capital ausdrücklich beschränkt worden ist, ferner von solchen Forderungen, welchen eine stillschweigende Hypothek zusteht, erwachsen sind, mit den Hauptstämmen in eine und dieselbe Classe zu lociren; diese Ausnahme erleidet jedoch die Beschränkung, daß die Zinsen von derartigen Posten nur insoweit, als selbige nicht über drei Jahre vor angestellter Klage oder entstandenem Concurse rückständig sind, prioritätisch angesetzt werden.

In Hinsicht dieser erwähnten Ausnahme von der im Allgemeinen aufgestellten Regel kommen

cfr. Gottschalck, sel. discept. for. cap. Tom. II. cap. 9. et 28.

folgende Sätze in gegenwärtigem Schuldenwesen zur Anwendung.

1) Der bei der Verpfändung ausdrücklich bemerkte Zinsfuß bestimmt in Hinsicht der versprochenen Zinsen das hypothekarische Recht nur auf die nach diesem Maßstabe erwachsenen Zinsen.

Spätere Erhöhung des Zinsfußes gewährt nur dann ein neues Pfandrecht, wenn entweder der Forderung eine stillschweigende Hypothek zusteht, wo sodann mit dem Tage der bewilligten Zinserhöhung an dem Vermögen des Versprechenden ein neues stillschweigendes Pfandrecht erwächst, oder wenn in die wegen der in erhöhter Maße versprochenen Zinsen neu bestellte Hypothek von der competenten Behörde ausdrücklich gewilligt worden ist.

2) Der gesetzlich festgestellte Betrag der Verzugszinsen tritt mit dem Zeitpuncte ein, wo der Gläubiger das Recht erlangte, die Bezahlung des Hauptstammes verlangen zu können, und es ist daher das Interesse morae mit dem Hauptstamme insoweit in eine Classe zu setzen, als es nicht über drei Jahre, entweder von angestellter Klage oder eröffnetem Concurse an zurückgerechnet, rückständig gelassen worden ist.

3) Die Zahlungszeit und mit ihr der, auch das verpfändete Grundstück treffende Verzug treten bei Forderungen, welche nicht ohnehin an einem schon bestimmten Termine zahlbar werden, sondern auf Kündigung stehen, dadurch ein, daß

a. entweder vom Gläubiger dem Schuldner und Civileigenthümer des verpfändeten Gutes oder von Letzterem dem Ersteren das Capital aufgekündigt und solches noch vor Eröffnung des Concurses gefällig worden ist, oder

b. daß selbiges bei Ausbruch des Concurses noch nicht oder nicht gehörig aufgekündigt war, in welchem letzteren Falle nach dem vom Königl. Appellationsgerichte mehrfach und unter anderen in Steinhäuser's Concurs No. 22. d. a. 1819. P. I. A., in Fischer's Concurs No. 96. und von Gersdorf's Concurs No. 109. d. a. 1821. P. II. A., ferner in von Schirnding's

Concurs No. 1. d. a. 1823. P. II. A. und No. 6. d. a. 1823. P. II. C. ausgesprochenen Grundsätzen angenommen wird, daß durch den Edictaltermin die Aufkündigung des Capitals Seiten der Concursmasse dem Gläubiger bewirkt worden, und mithin die Zahlungszeit nach Ablauf der in den Urkunden festgesetzten Frist, ohne jedoch selbige noch an einen Termin bei der Lage der Sache binden zu können, eingetreten sei.

Kündigung dagegen, welche dem Naturalbesitzer des Pfandes gemacht worden ist, legt blos diesem die Verbindlichkeit zur Abtretung des Pfandes oder zur Tilgung der Schuld auf; sein Verzug ist mithin für das Pfand, welches er auf keine Weise verpfänden kann, keineswegs von Folgen, sondern verpflichtet nur ihn selbst.

4) Nicht blos die Zinsen, welche seit drei Jahren vor eröffnetem Concurse rückständig sind, sondern auch, wie schon erwähnt, die seit drei Jahren vor angestellter Klage erwachsenen und hinterstelligen Zinsen sind bei hypothekarischen Posten neben diesen in derselben Classe anzusetzen, wogegen in Hinsicht älterer Zinsen die für die Zinsen sonst geltende Regel eintrifft. Soll mithin ein privilegirter Gläubiger ältere als seit drei Jahren vor Eröffnung des Concurses erwachsene Zinsen erhalten, so mußte er nicht nachlässig in Verfolgung seines Rechtes sein, und die Zinsrückstände gehörig einklagen.

Bei Concursen, welche zu dem Vermögen eines Gemeinschuldners entstehen, kann es nicht zweifelhaft sein, daß die gegen den Gemeinschuldner angestellten Klagen die klagenden hypothekarischen Gläubiger in Ansehung der Zeit, von welcher an die Zinsen prioritätisch mit zu lociren sind, sicher stellen.

Der von dem verklagten Civilbesitzer vorgenommene Verkauf ändert, wie zudem vom Königlichen Appellationsgerichte in Fürchtegott Leberecht Fischer's Concurs ad No. 95. de ao. 1821. P. I. A. bereits entschieden worden ist, natürlich nichts, weil der neue Eigenthümer entweder das Grundstück an Zahlungsstatt abtreten oder zahlen muß,

cfr. l. 16. § 3. D. de pignor. et hypoth. (XX. 1.)
Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 5. § 2. und ad Tit. 42. § 6.
Decis. 7. de ao. 1746.

und von der Säumigkeit des Schuldners es sich überhaupt nicht handelt, sondern die Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 46. § 3. vielmehr Alles auf die angestellte Klage, mithin ohne Unterschied auf die Wachsamkeit des Gläubigers, setzt.

Nur zur Strafe seiner Nachlässigkeit und weil er in Verfolgung seines Rechtes, nicht aber, weil der Schuldner in Erfüllung seiner Zahlungsverbindlichkeit säumig war,

cfr. Griebner's Discurs ad Tit. 46. § 3. der Erl. Proc. Ordn. zu den Worten: „vor angestellter Klage und entstandenem Concurs", und hierzu:

Küstner's Note No. 31.

verliert der hypothekarische Gläubiger die länger als drei Jahre vor eröffnetem Concurse schon erwachsenen Zinsen.

Aus den schon angeführten Gesetzen kann es ferner nicht zweifelhaft sein, daß die gegen die B—schen Erben als dritte Besitzer und Naturaleigenthümer des Pfandes angestellten hypothekarischen Klagen dieselbe Wirkung hervorbringen mußten, da sie zudem in Hinsicht zweier Gläubiger nach Maßgabe der sub Litt. B. No. 32. und 41. ergangenen Acten rechtskräftig in Abtretung des Pfandes verurtheilt worden sind. Aber auch die von hypothekarischen Gläubigern gegen dieselben Erben erhobenen rein persönlichen Klagen haben den Klägern das ihnen in Hinsicht der älteren Zinsen ertheilte Privilegium gesichert, weil

1) die Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 46. § 3. den Verlust der älteren Zinsen lediglich auf die Saumseligkeit des Gläubigers in Verfolgung seines Rechts setzt, ferner

2) weil die gegen den Inhaber und Benutzenden des Pfandes, welcher die hypothekarisch versicherten Posten zur Zahlung überwiesen erhalten und übernommen hatte, angestellte Klage von der Vigilanz des Gläubigers zeugt und den Zweck, die Aufmerksamkeit der übrigen Gläubiger zu erregen und das Anschwellen von Zinsrückständen zu verhindern, vollständig erfüllt, und endlich

3) weil es sich nicht von einer neuen, durch den Naturalbesitzer dem Pfande aufzubürdenden Beschwerung, sondern von

Erhaltung eines in der Verpfändung selbst schon liegenden Rechtes handelt. — Nur dem nachlässigen hypothekarischen Gläubiger ist der Verlust älterer Zinsen angedroht, und bekanntlich sind Pönalgesetze jederzeit der strengsten und eingeschränktesten Auslegung unterworfen.

X.

Ueber die Production der Handelsbücher als Beweisdocument und deren Beweiskraft.

Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Dresden v. J. 1834, in Sachen Engelhardt's zu Frankfurt a. M. gegen den Schuhmacher und Lederhändler P. zu Dresden.

Das Erkenntniß erster Instanz in Ansehung der Beweisurkunden A. und B., nach welchem Beklagter mit dem Anerkenntniß dieser beiden Urkunden, welche in Extracten aus Klägers Handelsbüchern bestehen, zwar zu verschonen, dem Kläger aber, auf selbige bei dem künftigen Hauptverfahren sich zu beziehen, unbenommen sein soll, beruht allerdings auf irrigen Vorstellungen. Denn, wenn zu Begründung dieser Entscheidung gesagt worden ist, daß Beklagtem eine Recognition dieser Extracte aus Klägers Handelsbüchern nicht anzusinnen sei, weil sie als scripturae pro scribente betrachtet werden müßten, und daß hingegen deren Beglaubigung durch einen Notar der Diffession nicht unterworfen sei, so ist weder das Eine, noch das Andere passend. Es hat zwar im Allgemeinen seine vollkommene Richtigkeit, daß scripturae pro scribente nichts beweisen und daher unter die irrecognoscibeln Urkunden gehören, allein von dieser Regel machen eben die Handelsbücher der Kaufleute eine Ausnahme, welche, obwohl scripturae pro scribente, dennoch eine je nach Verschiedenheit der Fälle stärkere oder schwächere Beweiskraft wirklich haben. Dagegen sind und bleiben Handelsbücher nichtsdestoweniger Privaturkunden, deren Aechtheit

durch das (wirkliche oder fingirte) Anerkenntniß des anderen Theils in Gewißheit gesetzt werden muß, und deren Abschriften durch das beigesetzte Zeugniß eines Gerichts oder eines Notars, daß sie mit den Originalien, von denen sie entnommen sind, übereinstimmen, nicht in documenta publica, welche der Recognition nicht bedürfen, mithin in Etwas umgewandelt werden können, was die Originalien selbst nicht sind. Wenn also ein Kaufmann einen ihm vorgeschriebenen Beweissatz durch sein eigenes Handelsbuch darthun will, so ist, es sei nun, daß er das Handelsbuch selbst im Original, oder daß er nur einen Auszug aus demselben producire, das Anerkenntniß des Gegners erforderlich, um die Aechtheit dieser Urkunde, das heißt, daß das producirte Buch wirklich des Beweisführers Handelsbuch, der producirte Extract wirklich ein Extract aus des Beweisführers Handelsbuche sei, in Gewißheit zu setzen. Da nun nach Sächs. Particularrechte,

Erläut. Proceß-Ordnung ad tit. XXX. § 4.,

zu dem Zwecke, um gegen Personen, welche nicht ebenfalls Kaufleute sind, den Beweis einer Forderung bis zu einem dem Gegner aufzuerlegenden Reinigungseide herzustellen, es der Production des Originalhandelsbuchs nicht unumgänglich bedarf, sondern die Production eines bloßen Extracts aus dem Handelsbuche ausreicht, so ist ein solcher Extract, wenn er im Productionstermine producirt wird, wie hier geschehen ist, eine recognoscible Urkunde, d. h. eine Urkunde, welche der Gegner entweder anerkennen oder diffitiren muß, wenn nur sonst die Bedingungen vorhanden sind, unter welchen allein ein Beweis durch die Handelsbücher des Beweisführers selbst in jener beschränkten Maße zu Herstellung eines weniger als halben Beweises gesetzlich möglich ist.

Letzteres ist bei der Beweisurkunde A. der Fall, und der als Urkunde A. producirte Extract aus Klägers Handelsbüchern ist mithin, da Beklagter das Anerkenntniß desselben verweigert hat, ohne sich doch zur Diffession zu erbieten, für anerkannt zu achten, denn die von Beklagtem wiederholt zu Begründung jener Weigerung und gegen die Beweisfähigkeit der Urkunde A. vorgebrachten Einwendungen: a) es sei nicht beige-

bracht, daß Kläger dem Kaufmannsstande angehöre, b) die Beweisurkunde A. sei nicht als ein Extract aus dem Hauptbuche zu erkennnen, c) Beklagter selbst sei kein Kaufmann, sind theils ungegründet, theils unerheblich, wie sich aus Nachstehendem ergiebt.

Zu a. Daß Kläger dem Handelsstande angehöre, mag von Beklagtem nicht bestritten werden, nachdem er selbst wiederholt sowohl in der seinem Sachwalter ausgestellten Vollmacht, als im Eingange der von ihm eingebrachten Sätze und zuletzt im Eingange seiner Appellationsschrift seinen Gegner als Handelsmann prädicirt hat. Auch läßt der Besitz solcher Bücher, wie in dem Notariatszeugnisse erwähnt worden, eines Memorials, eines Handlungsjournals und eines Handlungs-Diversebuchs, eine eingerichtete und genüglich geregelte kaufmännische Buchhaltung erkennen, wie sie nur bei Kaufleuten vorzukommen pflegt. Wenn nun gleich das Privilegium der Handelsbücher auf die Schuldbücher der Handwerker nicht ausgedehnt werden darf,

Gottschalk, discept. forens. tom. III. Cap. XXV. edit. I.,

so leidet dieses doch nicht Anwendung, wenn ein Handwerker neben Ausübung seines Handwerks einen wirklichen Handel (Negotiation, im Gegensatze zu dem bloßen Handwerkskrame) betreibt, indem ein solcher dann, zwar nicht in der Eigenschaft als Handwerker, wohl aber in der Eigenschaft als Handelsmann das Privilegium der Handelsbücher für sich in Anspruch nehmen darf.

Gottschalk, l. l. pag. 298 sq.

Meno Pöhls, Darstell. des gem. deutschen und des Hamburger Handelsrechts, 1ster Band. § 156. S. 351 folg.

Es würde also nichts darauf ankommen, wenn selbst Kläger nicht ursprünglich Kaufmann, sondern Handwerker wäre, da doch so viel gewiß ist, daß er einen Handel mit Leder betreibt.

Zu b. Daß das Privilegium der Handelsbücher nicht von den bei den Kaufleuten üblichen Nebenbüchern, sondern nur von dem Hauptbuche zu verstehen sei, wird von mehreren Practikern angenommen, und ist insofern nicht zu bezweifeln, als man unter dem Hauptbuche ein solches Buch versteht, welches dazu

bestimmt ist, daß alle Handelsgeschäfte, welche der Kaufmann macht, darin umständlich eingetragen werden, so daß es über den gesammten Activ- und Passivzustand der Handlung Nachweisung giebt, und welches von dem Kaufmanne selbst oder einem eigenen Buchhalter geführt wird.

Kind, quaest. forens. tom. III. Cap. 52. pg. 245. edit. II.

Allein, was die Namensbezeichnung dieses Buchs anlangt, so wäre es ein Irrthum, wenn man überall annehmen wollte, daß nur ein Buch, welches die Benennung „Hauptbuch" oder „Mastro" führe, beweiskräftig sei. Vielmehr ist hier nach der von den angesehensten neueren Rechtslehrern aufgestellten richtigen Meinung

Mittermaier, Grundsätze des gem. deutsch. Privatrechts. II. § 515. S. 997 fgg.

Bender, Grundsätze des engern Handlungsrechts. § 193. S. 431 fgg.

Meno Pöhls, a. a. O. § 157. S. 353 fgg.

zwischen der einfachen (deutschen) und der doppelten (italienischen) Buchhaltung wohl zu unterscheiden. Bei ersterer pflegt neben dem sogenannten Memorial (Cladde, Strazze) nur ein Hauptbuch (Mastro) gehalten zu werden, und da ist freilich nur dieses Hauptbuch beweiskräftig. Bei letzterer, der italienischen, gegenwärtig unter den Kaufleuten, besonders auf größeren Handelsplätzen fast durchgängig angenommenen Art der Buchhaltung hingegen wird neben dem Memorial ein Journal gehalten. Dieses Handlungsjournal, welches aus dem Memorial entsteht, ist dasjenige Buch, welches alle vorgekommenen Geschäfte in chronologischer Ordnung enthält, und dessen Führung weit größere Sorgfalt und Genauigkeit erheischt als die des Hauptbuchs, welches nur aus dem Journal abgeschrieben wird, und dasselbe ist daher als das wichtigste und vorzugsweise beweiskräftige Handelsbuch anzusehen.

Nach diesen Grundsätzen, worüber auch

Glück, Erläut. des Pand. Bd. XXII. § 1166. S. 70 folg.

Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen deutsch. Rechts. II. § 636. S. 855.

Haubold, Lehrb. des sächs. Privatrechts. § 415. nota b. der Günther'schen Ausgabe.

zu vergleichen sind, muß die Beweisurkunde A. als ein laut

des Notariatszeugnisses aus dem producirten Handlungsjournale genommener, diesem gleichlautender Auszug allerdings seinem Ursprunge nach als beweiskräftig angesehen werden.

Zu c. Da nach den Gesetzen

Erl. P. O. a. a. O.

auch gegen Nichtkaufleute ein Beweis durch Handelsbücher mindestens mit der Wirkung, daß darauf ein dem Gegner zuzuerkennender Reinigungseid gegründet werden kann, statthaft ist, so berechtigte Beklagten der Umstand, daß er selbst nicht dem Handelsstande angehöre, nicht dazu, das Anerkenntniß der Beweisurkunde A., als einer solchen, welche, wenn auch anerkannt, doch nichts zu beweisen vermöchte, zu verweigern.

Hierdurch rechtfertigt sich die gegenwärtige Entscheidung hinsichtlich der Beweisurkunde A., welche, zwar der Form nach reformatorisch, indem diese Urkunde nicht für der Recognition nicht bedürftig, sondern für recognoscibel, zugleich aber für recognoscirt zu achten ist, doch dem Kläger nicht minder den Gebrauch derselben gestattet. Anders verhält es sich dagegen mit der Beweisurkunde B., welche nichts als eine Abschrift aus dem Copirbuche Klägers ist. Denn auf das Copirbuch, welches seinem Zwecke nach nicht dazu bestimmt ist, die Debet- und Creditverhältnisse der Handlung insgesammt darzustellen, und unter die minder wesentlichen Nebenbücher gehört, läßt sich das Privilegium der Handelsbücher nicht ausdehnen; die Urkunde B. stellt sich daher allerdings als irrecognoscibel dar, und es ist dem entsprechend das Erkenntniß erster Instanz abzuändern gewesen.

Was übrigens den im Urthel zu findenden Zusatz, nach welchem Beklagtem Behufs der Einsicht der Originalien, wenn er den hierzu erforderlichen Kostenaufwand nicht scheut, die Anberaumung eines anderweiten, in foro domicilii des Klägers abzuhaltenden Productionstermins zu suchen unbenommen bleiben soll, anlangt, so bedarf, da von Seiten Klägers gegen diesen lediglich zu Gunsten des Beklagten gemachten und gereichenden Zusatz des Erkenntnisses ein Rechtsmittel nicht eingewendet worden, mithin insoweit Rechtskraft eingetreten ist, es keiner Erörterung, ob dieser Zusatz an und für sich gesetzlich begründet, insofern es nur darauf ankommt, gegen einen Nichtkaufmann durch

einen Extract aus dem Handelsbuche den Beweissatz bis zum Reinigungseide darzuthun. Zweifelhaft kann solches erscheinen, weil in der angeführten Stelle der erläuterten Proceßordnung ad tit. XXX. § 4. blos von Production eines Extracts die Rede ist, wogegen sich indessen auch wieder sagen läßt, daß, wenn gleich das Anerkenntniß eines solchen Extracts von dem Producten hiernach nicht verweigert werden kann, daneben doch letzterem die Möglichkeit offen gelassen werden darf, durch Einsicht des Originalhandelsbuchs selbst sich mit eigenen Augen zu überzeugen, ob das Buch, über dessen Aechtheit zwar nach dessen wirklichem oder fingirtem Anerkenntnisse nicht weiter zu streiten ist, in seiner äußeren Form frei von solchen Mängeln ist, welche Verdacht gegen die Ordnung und Genauigkeit des Buchführers erregen, und daher die Beweiskraft des Buchs der Aechtheit ungeachtet aufheben könnten.

Vergl. Meno Pöhls, a. a. O. § 158.
Bender, a. a. O. § 195.
Mittermaier, a. a. O.
Maurenbrecher, a. a. O.

XI.

Streitet dafür, daß ein Kind lebend zur Welt gekommen sei, die Präsumtion? — Kann die für die Legitimität eines, innerhalb des gesetzlichen Nativitätstermins geborenen Kindes streitende Vermuthung durch die körperliche Beschaffenheit desselben widerlegt werden?

(Je mehr über diese beiden, in practischer Beziehung sehr wichtigen Fragen in Büchern und Proceßschriften gestritten zu werden pflegt, um so willkommener muß es dem Practiker sein, die Grundsätze kennen zu lernen, welche die höheren Behörden in dieser Beziehung befolgen. Die beiden nachstehends abgedruckten Erkenntnisse, worin die gedachten Fragen sehr gründlich erörtert worden sind, dürften daher für den Sächsischen Rechtsgelehrten wohl von Interesse sein.)

Entscheidungsgründe zu dem Erkenntnisse des Kgl. Appellationsgerichts zu Dresden, in Sachen Johann Gotthelf Kr. ÷ Hanne Regine verw. Kr., vom Jahre 1838.

Einig sind die Parteien darüber, daß die Beklagte und der verstorbene Gottlieb Kr. am 3. November 1835 getraut worden, Letzterer seit dem 3. Januar 1836 vermißt und am 9. desselben Monats todt aufgefunden, Beklagte aber am 22. September 1836 von einem Kinde weiblichen Geschlechts entbunden worden ist.

Die von Klägerm erhobene Klage stützt sich auf die Behauptungen:

1) daß dieses Kind weder lebensfähig gewesen, noch gelebt habe,

2) daß es nicht von dem verstorbenen Kr. erzeugt worden sei.

Wenn nun zu 1. in erster Instanz davon ausgegangen worden, daß die Vermuthung für die Lebensfähigkeit des Kindes streite, und daher das Gegentheil vom Kläger zu erweisen sei, so ist insoweit den Verfassern des in erster Instanz eröffneten Erkenntnisses allenthalben beizutreten gewesen. Dahingegen hat man der Ansicht, daß der Beklagten der Beweis darüber, daß das von ihr geborene Kind gelebt habe, obliege, aus folgenden Gründen nicht beistimmen können:

Daß ein innerhalb der in den Gesetzen bezeichneten, die Vermuthung der Vitalität begründenden Termine geborenes Kind als foetus im Mutterleibe gelebt habe, ist eine Thatsache, die, eben weil sie ein nothwendiges Erforderniß einer der Natur gemäßen Geburt ist, keines besonderen Beweises bedarf, sondern durch die Geburt des jedensalls doch bis zu einer gewissen Reife gelangten Kindes selbst constatirt wird. Der Zustand nach der Geburt ist nur eine Fortsetzung des Lebenszustandes eines solchen Kindes, in welchem es sich schon vorher im Mutterleibe nothwendig befunden haben muß. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird aber die Fortdauer eines einmal als existirend nachgewiesenen thatsächlichen Zustandes so lange vermuthet, bis das Gegentheil erwiesen ist, und es muß daher ein Jeder, welcher eine Veränderung oder Aufhebung eines bestehenden Verhältnisses behauptet, dieß beweisen, wenn er auf eine solche Veränderung Rechte begründen will.

Heffter zu Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse. S. 276.

Hieraus folgt, daß derjenige, welcher behauptet, daß ein innerhalb der gesetzlichen Nativitätstermine geborenes Kind, welches im Mutterleibe präsumtiv gelebt hat, vor oder bei der Geburt gestorben sei, diese Veränderung beweisen muß. Will man auch zugestehen, daß dieses, auf allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast beruhende Princip in den Blt. ... bemerkten Stellen der Pandecten

(l. 12. Dig. I. 5. l. 3. § 12. Dig. XXXVIII. 16.)

nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, so läßt sich doch nicht verkennen, daß der in diesen Stellen enthaltene Satz, daß ein nach dem 182sten Tage geborenes Kind als partus perfectus lebensfähig sei, allerdings die hier aufgestellte Präsumtion unterstützt, indem, wenn einmal das Kind als lebensfähig — bis zum Beweise des Gegentheils — zu betrachten und sonach als von der Natur mit allen zum wirklichen Fortleben außerhalb des Mutterleibes erforderlichen Organen ausgerüstet anzusehen ist, die Vermuthung sich von selbst darbietet, daß die Thätigkeit jener Organe auch wirklich eingetreten — sonach aber das Kind gelebt habe. Man braucht sich daher nicht einmal auf die tägliche Erfahrung, nach welcher die große Mehrzahl der Kinder lebendig, nur ein verhältnißmäßig geringer Theil aber, und auch dieser großentheils nur in Folge ausnahmsweise eintretender oder verschuldeter Zufälle (die nicht präsumirt werden können), todt geboren wird, zu beziehen, um den von vielen Rechtslehrern ausdrücklich anerkannten Satz, daß im Zweifel zu vermuthen stehe, daß ein nach dem 182sten Tage, von der Empfängniß an gerechnet, geborenes Kind lebend zur Welt gekommen sei,

Carpzov, jurispr. for. p. III. c. 17. def. 20. N. 5.
Schaumburg, Einl. zum sächs. Rechte. Th. 1. S. 31. ed. 3.
Schott, inst. jur. Saxon. libr. I. sect. I. cap. I. § 3. not. 3. pg. 37. ed. 3.
Hellfeld, jurispr. for. libr. I. tit. V. § 115. pag. 38.
Glück, Erl. der Pandecten. Th. 2. S. 89.
Curtius, Handbuch. § 54. S. 77. ed. 3.

zu rechtfertigen. Die entgegengesetzte, unter Anderen von

Walch, opuscula tom. II. sect. II. exerc. 2. S. 138 fg. 144.
Thibaut, System des Pandectenrechts. Th. 1. § 211.
Mackeldey, Lehrbuch des heut. Röm. Rechts. § 141. ed. Roßhirt. Th. I. S. 225.

vertheidigte Ansicht kann daher nicht als richtig angesehen, auch durch die Bestimmungen des Sachsenspiegels, Bd. I. art. 33., auf welche namentlich Walch a. a. O. sich bezieht, nicht begründet werden, da die heutige Praxis die in diesem Artikel enthaltenen Vorschriften überhaupt nicht anerkennt.

Curtius, l. c.
Haubold, Lehrbuch. § 51. n. 1. S. 47. ed. Günther.

Gleichwie nun aber die Festhaltung dieser vom Appellationsgerichte angenommenen Rechtsmeinung auf der einen Seite zu dem Resultate führt, daß Klägerm der Beweis der Behauptung, daß das fragliche Kind todt geboren worden, obliegt, so konnte auf der anderen Seite ihm die Zulassung zu diesem Beweise durch das, was Beklagte zeither in den Voracten für ihre Behauptung, daß das von ihr geborene Kind nicht nur lebensfähig gewesen, sondern auch nach der Geburt wirklich einige Zeit gelebt habe, beigebracht hat, nicht abgeschnitten werden. Denn, selbst wenn man davon ausgehen wollte, daß der Blt. ... ersichtliche, von einem verpflichteten Medicinalbeamten abgefaßte, auf die Ergebnisse der Besichtigung und Section des fraglichen Kindes (dessen Identität Beklagter in der Klage selbst zugesteht) begründete Befundschein insoweit vollen Glauben verdient, als darin die Wahrnehmungen bestätigt sind, welche sich über die äußere und innere Beschaffenheit des Leichnams des Kindes ergeben haben, so kann doch dem Kläger die Gelegenheit zur rechtlichen Ausführung, daß der Aussteller jenes Zeugnisses sich bei Abgabe seines Gutachtens geirrt habe oder durch, vor der Besichtigung von anderen Personen mit dem Körper des Kindes vorgenommene Manipulationen, wie z. B. das Blt.... behauptete Einblasen von Luft, getäuscht worden und von unrichtigen factischen Voraussetzungen ausgegangen sei, nicht entzogen werden. Ebenso wenig kann die Aussage der Hebamme R., selbst wenn man solche in Verbindung mit der ihr ertheilten Instruction als eine eidliche betrachten wollte, gegen Klägern als vollkommen beweiskräftig erachtet werden, da Letzterer keine Gelegenheit gehabt, von dem ihm nach den Gesetzen im ordentlichen Processe zustehenden Befugnisse, Fragstücke einzureichen, Gebrauch zu machen.

Eine sofortige definitive Entscheidung durch einen dem einen oder anderen Theile aufzulegenden Legaleid, dessen beide Theile gedenken, wird schon dadurch ausgeschlossen, daß ein solcher Eid im ordentlichen Proceesse nur nach geführtem förmlichen Beweise und dem Gegner verstattetem Gegenbeweise, welcher dem Letzteren niemals entzogen werden kann,

Danz, Grundsätze des ordentlichen Processes. § 251.

Gönner, Theil II. Abh. 41. § 4.
Heffter, Institutionen des Civilprozesses. Bd. I. tit. XI. S. 179.

auferlegt werden kann. Ein ausdrückliches Compromiß der Parteien auf sofortige Beendigung des Processes durch den Eid ist aber in den Auslassungen derselben auf keine Weise zu befinden.

Wenn dagegen zu 2. das Appellationsgericht die Klage, so weit sie auf die Behauptung, daß das fragliche Kind nicht von dem verstorbenen Kr. erzeugt worden sei, gestützt ist, — eine Behauptung, die einen für sich bestehenden Klaggrund enthält — in der angebrachten Maße verworfen hat, so rechtfertigt sich diese Entscheidung durch nachfolgende Gründe:

Das Römische Recht erklärt sowohl in

l. 3. § 11. D. de suis et legit. hered. (38. 16.): Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem,

als in

l. 19. Dig. de lib. et post. (28. 2.)
l. 4. Cod. de post. hered. (6. 29.)

ein binnen der nächsten zehn Monate nach des Mannes Tode von dessen Wittwe geborenes Kind für ein rechtmäßiges Kind des verstorbenen Ehemannes, ein Zeitraum, den der vaterländische Gerichtsbrauch, mit Rücksicht auf die Glosse zum Sachsenspiegel, Bd. I. art. 33., noch um 2 Tage ausgedehnt hat,

Schott, Einleitung in das Eherecht. § 185. not. XXXX. S. 410.
Hensel, Excurse zu Curtius. Th. I. § 55. S. 67.

so daß mithin der äußerste Termin, innerhalb dessen die Vermuthung der Legitimität begründet ist, 302 Tage umfaßt. Daß die nach den gedachten Gesetzen eintretende Präsumtion den Gegenbeweis nicht ausschließt, ist unbestritten. Wenn aber einige Rechtslehrer die Behauptung aufgestellt haben, daß dieser Gegenbeweis auch auf die körperliche Beschaffenheit des Kindes bei der Geburt und das hierauf zu begründende Gutachten von Sachverständigen über die präsumtive Zeit seiner Conception begründet werden könne, und sonach ein nach dem Zeugnisse der Aerzte nicht als ausgetragen zu betrachtendes Kind, wenn es erst zu Ende des nurgedachten Zeitraums zur Welt komme, nicht als ehelich zu betrachten sei,

Cocceji, jus civ. controv. lib. I. tit. VI. qu. 3. pag. 80.
Hofacker, princ. jur. libr. I. § 544. pag. 428. ed. 2.

Thibaut, System des Pand. Rechts. § 366.
Glück, Erl. der Pand. Th. 2. S. 105. Th. 28. S. 144.

so findet diese Ansicht in den nur gedachten Stellen des Römischen Rechts, so wie in l. 2. Dig. de statu hominum (1. 3.) und l. 3. § 11. Dig. de suis et leg. hered. (38. 16.) nicht nur keine Unterstützung, sondern sie läßt sich auch mit den darin enthaltenen Vorschriften nicht vereinigen.

Denn diese Stellen lassen sich eben nur aus der Absicht erklären, daß die Entscheidung über die Legitimität eines Kindes nicht in jedem einzelnen Falle von den doch immer sehr schwankenden und unzuverlässigen Kennzeichen, auf welche die Sachverständigen ihr Gutachten begründen müßten, abhängen soll, sondern daß eine feste Rechtsregel aufgestellt und dadurch jede Untersuchung über die Reife des Kindes ausgeschlossen werden sollte. Nach diesem auch von

Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. no. V. § 11. ed. 2. S. 105.
Seuffert, rechtwiss. Abhandlungen. no. V. S. 111 fgg. Erlangen, 1837.
Göschen, Vorlesungen über das gem. Civilrecht, ed. Erxleben. S. 146. Göttingen, 1838.

vertheidigten Grundsatze kann sonach die für die Legitimität des innerhalb des gesetzlichen Nativitätstermins geborenen Kindes streitende Vermuthung nicht durch die Beschaffenheit des Kindes widerlegt, sondern es muß von demjenigen, welcher die Legitimität eines solchen Kindes bestreitet, die Thatsache, daß der Ehemann sich innerhalb der in den Gesetzen bezeichneten Frist vom 182sten bis 302ten Tage, von der Geburt zurück gerechnet, mit seiner Ehefrau fleischlich nicht vermischt habe, mit Bestimmtheit angegeben und bewiesen werden, wobei denn auch ein künstlicher Beweis dieser Behauptung nicht ausgeschlossen ist.

Im vorliegenden Falle stützt nun Kläger seine Behauptung, daß das fragliche Kind nicht von dem verstorbenen Kr. gezeugt worden sei, nicht auf die bestimmte Behauptung, daß der verstorbene Kr. sich innerhalb 302 Tagen, vom 22. Septbr. 1836 an zurück gerechnet, mit der Beklagten fleischlich nicht vermischt habe, sondern lediglich darauf, daß Beklagte zugestanden habe, daß sie mit ihrem Ehemanne zuletzt 4 Wochen nach

der Trauung, welche, wie bereits bemerkt, am 3. Novbr. 1835 erfolgt ist, sich vermischt habe, während das von ihr am 22. September 1836 geborene Kind nach dem ärztlichen Gutachten nur ein fünf bis sieben und dreißig Wochen alter Fötus gewesen, wogegen selbiges, wenn es seine Erzeugung dem von der Beklagten angegebenen letzten Beischlaf mit ihrem verstorbenen Ehemanne verdankt hätte, mindestens 42 Wochen und 2 Tagen alt hätte sein müssen.

Da aber, auch wenn man die Frist mit Klägerm vom 1. December 1835 an berechnet, das Kind vor Eintritt des die Vermuthung der Legitimität begründenden äußersten Termins, dem 302ten Tage, geboren ist, auf die Beschaffenheit des Kindes aber, nach den oben entwickelten Grundsätzen, keine Rücksicht zu nehmen ist, so fällt Klägers Argumentation in sich selbst zusammen.

Das OAG. confirmirte.

Entscheidungsgründe:

Die Rechtsregel: **pater est, quem justae nuptiae demonstrant**, ist keine **praesumptio juris**, gestattet folglich den Beweis des Gegentheils. Dasselbe gilt von der im Zweifelsfalle Platz ergreifenden Vermuthung, daß ein Kind lebensfähig zur Welt gekommen sei, wenn seit der Zeit des erfolgten Beischlafs bis zur Geburt des Kindes wenigstens 182 Tage verflossen sind.

Um dieser letzteren Rechtsvermuthung zu begegnen, hat Kläger in der Klage angeführt, daß das von der Beklagten am 22. September 1836, somit am 263sten Tage nach dem muthmaßlich am 3. Januar 1836 erfolgten Tode des Ehemanns der Letzteren geborene Kind weder die Augen aufgeschlagen, noch geschrieen, noch sonst ein Zeichen des Lebens von sich gegeben habe, übrigens sehr klein gewesen, mithin nicht lebend zur Welt gekommen sei.

Ganz abgesehen davon, daß von den fol. ... allegirten Schriftstellern die Ansicht, ein nach dem 181sten Tage, von Zeit der Empfängniß an gerechnet, geborenes Kind sey, als lebend zur Welt gekommen, bis zum Beweise des Gegentheils anzusehen, vertheidigt wird, so liegt Klägerm der Beweis dieses

seines Anführens auch um deßwillen ob, weil für das Leben eines neugeborenen Kindes ebenso wenig, als für dessen Tod eine Vermuthung spricht, und demzufolge derjenige, welcher aus der Behauptung, daß dasselbe todt zur Welt gekommen sei, ein Recht für sich ableitet, diese seine bestimmte Behauptung einer Thatsache darzuthun hat.

Im Uebrigen wird den vorigen Entscheidungsgründen beigetreten und nur so viel erwähnt, daß auch von dem vormaligen Appellationsgerichte ein in erster Instanz gesprochenes Erkenntniß, in welchem angenommen worden war, daß nach dem **l. 12. D. de statu hominum (I. 5.)** festgestellten Grundsatze: **septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doct. viri Hippocratis et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse,** darauf, ob das am 182sten Tage nach der Empfängniß geborene Kind nicht blos ein zum Leben reifes, sondern ein völlig ausgetragenes, zehnmonatliches, oder ob es, wenn es vor dem 303ten Tage nach Zeit der Empfängniß geboren worden, kein völlig ausgetragenes, sondern annoch ein unreifes sei, etwas nicht ankomme, im Jahre 1825 **ad Num. 266.** des Berichts-Prot. in Sachen L. ÷ H. bestätigt worden ist.

XII.

Ueber hereditatis partitio legata, s. fidei commissa.

Erkenntniß der Juristenfacultät zu Leipzig vom Jahre 1837.

Das nachstehende Erkenntniß der Juristenfacultät zu Leipzig schlichtete einen verwickelten Erbschaftsstreit auf so befriedigende Weise, daß alle Parteien dabei Beruhigung faßten. Dasselbe erscheint als ein Muster von Präcision und practischer Auffassung und mag aus diesem Gesichtspuncte hier seinen Platz finden.

Als Uns der Gerichtsdirector zu W. Acta, den Verkauf der zu Johann Gottfried H.'s Nachlaß gehörigen, zu W. und St. gelegenen Grundstücke betreffend, sammt anderen beigelegten an vier unterschiedenen Stücken nebst einer Frage zugeschickt und Unsere Rechtsbelehrung darüber gebeten; demnach erachten Wir, ꝛc.

..... Hiernächst ist wegen desjenigen, was den bereits lebenden und künftig etwa noch zu erzeugenden Kindern Louisen Henrietten M., Friederiken Louisen St. und Heinrich Leberecht H.'s in dem Testamente Johann Gottfried H.'s beschieden worden, — also dessen, was übrig bleibt, wenn man von dem, was die M., die St. und Heinrich Leberecht H. empfangen haben würden, dafern die Erbschaft unter alle Geschwister gleich vertheilt worden wäre, den Betrag des jedem der ernannten drei Erben zukommenden Pflichttheils abzieht — auf den H.schen Nachlaßgrundstücken, insoweit solche Philippinen Wilhelminen

Schl., Friedrich Adolph H., Karl Wilhelm H., Julius H. und Philpp Moritz H. angefallen sind, Hypothek (insoweit solches nicht bereits geschehen) zu bestellen, wobei es jedoch jetzt schon der Ausmittelung der Summen jenes Betrags nicht bedarf. Sodann ist solches den sämmtlichen H.schen Erben bekannt zu machen und auf deren ferneren Antrag mit Confirmation der Eingangs gedachten Käufe zu verfahren.

Entscheidungsgründe:

.... In dem Testamente Johann Gottfried H.'s sind zwei Töchter, Louise Henriette M. und Friederike Louise St., ingleichen ein Sohn des Testators, Heinrich Leberecht H., auf den Pflichttheil gesetzt, zugleich aber ist verordnet worden, es solle den bereits lebenden und noch erzeugt werdenden Kindern derselben der Betrag dessen zu Theil werden, was in Folge der Berechnung von der ihren Aeltern eigentlich, wenn sie nicht auf den Pflichttheil gesetzt worden wären, anfallenden Erbportion übrig bleibe. Sie, die Aeltern (die M., die St. und Heinrich Leberecht H.) selbst aber sollten von dem, was solchergestalt ihren Kindern zufiel, den lebenslänglichen Nießbrauch haben.

Bei Betrachtung dieser Disposition bieten sich mehrere wichtige und nicht zweifellose Fragen dar — die erste: Ob laut dieser Verfügung die H.schen jetzigen und künftigen Enkel als Singular- oder als Universalsuccessoren anzusehen sind, und letzteren Falls: ob als directe Erben oder als Universal-Fideicommissarien, d. i. als solche, welche titulo universali, wenn auch nur in einen Theil des Nachlasses fideicommissarisch succediren sollen. Dieser Umstand ist nun aber um deßwillen wichtig, weil, wenn sie directe Erben wären, sie an dem Verkaufe der Erbgrundstücke unmittelbaren Antheil nehmen müßten, dagegen wenn sie als Universal-Fideicommissarien betrachtet würden, dem Gerichte nicht einmal die Bestellung einer Hypothek ex officio obläge, indem diese Verpflichtung in der Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 45. § 4. auf Legatarios, Fideicommissarios particulares und Donatarios mortis causa beschränkt ist. Nun könnte man allerdings einen wichtigen Grund, sie für directe Erben oder wenigstens für Fideicommissarios universales zu achten, daraus entnehmen, daß sie nicht auf eine res

certa, sondern auf eine Quotam hereditatis angewiesen sind, nämlich auf das, was ihre Aeltern bei gleicher Vertheilung der Erbschaft erhalten haben würden, wiewohl unter Abzug des diesen Aeltern gebührenden Pflichttheils. Indessen läßt sich diese Ansicht mit dem wörtlichen Inhalte des H.schen Testaments nicht wohl vereinigen. Als directe Erben können die M.schen, St.schen und Leberecht Heinrich H.schen Kinder um deßwillen nicht gelten, weil der Testator die Personen ausdrücklich genannt hat, welche seine directen Universalsuccessoren sein sollen, jene Enkel aber in dieser Zahl nicht mit aufgeführt, sondern unter den Legatarien sind — theils auch, weil die Disposition, wenn man annehmen wollte, daß jene Enkel mit zu Erben eingesetzt wären, hinsichlich derjenigen von ihnen, die erst nach des Testators Tode erzeugt worden, unstreitig (wie später gezeigt werden wird) ungiltig wäre, und doch im Zweifelsfalle jeder letzter Wille so ausgelegt werden muß, wie sein Inhalt zu Recht bestehen kann. — Das erstere jener Momente giebt übrigens auch einen hinreichenden Grund ab, die oft erwähnten Enkel nicht für **fideicommissarios universales** zu erklären. Es bleibt also nichts übrig, als sie für Singularsuccessoren zu achten. Da nun dessen ungeachtet die erwähnten Enkel eine **Quotam hereditatis** bekommen, so wird das ihnen Beschiedene als **hereditatis partitio legata s. fideicommissa** anzusehen sein.

Cf. Mühlenbruch, doctrina Pand. tom. III. § 553.

Die Onerirten aber sind die sämmtlichen H.schen Geschwister, mit Ausnahme der verwittw. M., der verehel. St. und Heinrich Leberecht H.'s; denn diese letztgenannten drei Personen sind auf ihren Pflichttheil beschränkt. Hiervon geben sie nichts ab. Was diesen Pflichttheil übersteigt, fällt ihren Miterben anheim, und diese sollen es an die erwähnten Enkel herausgeben. Sie, die Miterben also, — nicht die Aeltern der honorirten Enkel des Testators — sind die Beschwerten. Sind aber die **honorati** als **fideicommissarii particulares** anzusehen, so ist ihnen auch laut der angezogenen Stelle der Erl. Proc. Ordn. eine Hypothek auf den Immobilien des **Defuncti** zu bestellen. Es wird jedoch diese Hypothek nicht die Gesammtheit dieser Immo-

bilien begreifen können, sondern nur die Antheile, welche den Beschwerten angefallen sind. Denn die stillschweigende Hypothek, welche nach Römischem Rechte den Legatarien und Particular-Fideicommissarien gegeben war, bezog sich, wenn nur einzelne Miterben das Legat oder Fideicommiß zu gewähren hatten, auf ihre Erbantheile, nicht auf den ganzen Nachlaß,

L. 1. C. communia de legatis et fideicommissis. (Vl. 43.)

keinesfalls aber lag es in der Absicht des Sächsischen Gesetzgebers, in der mehrfach erwähnten Stelle der Erl. Proc. Ordn. die dießfallsigen Rechte der honorirten Personen zu erweitern.

Eine zweite Frage ist, ob die Disposition des Testators hinsichtlich derjenigen Enkel, welche bei seinem Tode noch nicht erzeugt waren, überhaupt giltig sei. Wollte man diese Enkel als directe Erben ansehen, so müßte man die Verfügung allerdings für ungiltig erklären. Betrachtet man sie dagegen als fideicommissarische Successoren und besonders als fideicommissarios particulares, so erkennt die Praxis die Giltigkeit einer solchen Verfügung an.

Glück, Erläuterung der Pandecten, fortgef. v. Mühlenbruch. Thl. 39. § 1438. S. 406 — 423.

Es wird also von den erst künftig noch zu erzeugenden Enkeln des Testators dasselbe gelten, was von denen gilt, die zur Zeit seines Todes schon geboren oder doch schon erzeugt waren.

Die dritte Frage endlich ist, welchen Einfluß das Recht dieser Enkel habe auf das Befugniß der Erben, die Grundstücke zu verkaufen.

Sind diese Enkel fideicommissarii particulares, so muß zwar, wie schon bemerkt, statt der stillschweigenden Hypothek, die ihnen nach Römischem Rechte zustand, ein ausdrückliches Pfandrecht auf den Immobilien des Verstorbenen für sie in Gemäßheit der angezogenen Stelle der Erl. Proc. Ordn. bestellt werden; allein eine unmittelbare Concurrenz bei der Verfügung über den Nachlaß haben sie dessenungeachtet nicht und bekommen sie auch dadurch nicht, daß das, was ihnen beschieden wor-

den, eine Quota hereditatis ist; denn sie bleiben nichtsdestoweniger Singularsuccessoren. Es ist also auch nicht nöthig, daß sie bei den dießfallsigen Verhandlungen vertreten werden. Ebenso kommt darauf nichts an, ob die eingesetzten Erben bei ihren Kaufsverhandlungen das Pfandrecht jener Fideicommissarien anerkennen oder nicht. Es gilt auch ohne ihre Anerkennung. Auch kann es in keinem Falle als Hinderniß der Confirmation des Kaufs erscheinen, daß in den schriftlichen Kaufaufsätzen der Käuferin jenes Pfandrecht von den Verkäufern nicht ausdrücklich mit überwiesen und von ihr nicht ausdrücklich übernommen worden ist, sondern es genügt, wenn es bestellt und wenn den Interessenten seine Existenz bekannt gemacht wird. Will die Käuferin dessenungeachtet es wagen, das also beschwerte Grundstück unter Bedingungen zu übernehmen, welche ursprünglich nur darauf berechnet waren, daß die erkauften Grundstücke mit der gedachten Hypothek nicht beschwert wären, so steht ihr dieß unstreitig frei. Begehren dagegen die Verkäufer, oder die Käuferin, daß jene Hypothek wiederum aufgehoben werde, und glauben sie, hinreichende Gründe zu haben, dieß zu verlangen, so müssen sie dieselben gegen die Berechtigten selbst ausführen. Da diese in einem Falle, wie der gegenwärtige, nicht durch ihre Väter vertreten werden können,

Vormundschaftsordnung. cap. XXII. § 2. 4.

so müssen ihnen Vormünder bestellt werden, und zwar von ihren ordentlichen Richtern. Sind diese noch nicht bestellt, so ist es nicht Sache des Gerichts, sondern Sache der Interessenten, darum nachzusuchen, daß es geschehe. Es kann jedoch auch der **judex rei sitae** selbst, laut **Cap. I.** § 6. der Vormundschaftsordnung, diese Special-Vormünder einsetzen, wenn ihn der ordentliche Richrer des Mündels darum ersucht, oder wenn er von der vorgesetzten Behörde dazu angewiesen wird.

Mit diesen Vormündern nun haben sich die **Onerati** auch insofern zu vernehmen, als vielleicht der bereits angeregte Zweifel zur Sprache kommen sollte, ob bei Berechnung dessen, was jenen Fideicommissarien beschieden ist, die absolute Erbportion oder nur die volle testamentarische Portion ihrer Aeltern zum

Grunde zu legen und der Pflichttheil von der ersteren oder von der letzteren abzuziehen sei. Jedenfalls ist jetzt noch die Ausmittelung einer Summe, auf deren Höhe die Fideicommiß-Hypothek zu bestellen wäre, um deßwillen weder möglich, noch nöthig, weil die Fideicommissarien selbst nicht mit einer bestimmten Summe, sondern gezeigtermaßen mit einer Quota der Erbschaft, obgleich titulo singulari, bedacht sind.

XIII.

Zur Eingehung eines compromissi in arbitrum bedarf es weder eines Eides, noch der Feststellung einer Conventionalstrafe, sondern es genügt die einfache Erklärung der Parteien.

Erkenntniß des vormaligen Königl. Sächs. Appellationsgerichts vom 20. August 1833.

Das Königl. Sächs. Appellationsgericht hat in der vor dem Handelsgerichte zu Leipzig zwischen Dr. Friedrich Karl Kr., als Klägerm, und Ernst Kl., als Beklagtem, anhängig gewordenen Rechtssache auf die von Letzterem wider den Fol. ... befindlichen Bescheid eingewendete Appellation aus den beigefügten Gründen dahin entschieden, daß es bei diesem Bescheide nicht zu lassen, vielmehr Klägers auf die Fol. ... befindliche Urkunde gegründetes Gesuch um gerichtliche Entscheidung des Streites über die in der Klage bezeichneten Gegenstände für unstatthaft zu achten, die von beiden Theilen bisher aufgewandten Proceßkosten aber, mit Einschluß der durch die Appellation erwachsenen, gegen einander aufzuheben.

Entscheidungsgründe:

Die Uebereinkunft, welche besage der fol. zu lesenden Urkunde zwischen dem Director Dr. K. und dem Buchhändler Kl. am 26. Juli 1830 getroffen ward, hatte nach den Eingangsworten des Documents den Zweck, nicht nur sämmtliche, damals zwischen den genannten Interessenten anhängige Rechts-

streitigkeiten zu beseitigen, sondern auch jedem Anlasse zu neuen Klagen und Kränkungen möglichst vorzubeugen, diesem Zwecke entsprach die in § 6. derselben Vergleichsurkunde enthaltene Bestimmung, daß, wenn der eine oder andere Theil sich verletzt glauben sollte, der Hauptmann P. in A. und, wenn dieser sie zu versöhnen nicht vermöchte, drei Schiedsrichter, von jedem einer gewählt, die competente Behörde seien.

Zur Rechtsbeständigkeit des hiernach eingegangenen Compromisses aber war die gegenseitige Erklärung der Interessenten unstreitig hinreichend. Zwar ist vom Handelsgerichte und im Berichte unter Beziehung auf

L. 2. l. 3. § 2. l. 11. § 2. D. de recept. (4. 8.) und Nov. 82. Cap. 11.

die Ansicht aufgestellt worden, es sei die Stipulation einer Conventionalstrafe ein so wesentliches Erforderniß eines compromissi in arbitrum, daß der Mangel derselben das Compromiß wirkungslos mache. Allein dieser Meinung mag aus folgenden Gründen nicht beigepflichtet werden.

Nach älterem Römischen Rechte mußte zwar jedes Compromiß auf schiedsrichterlichen Ausspruch in die Form einer Stipulation eingekleidet werden, und diese ward allerdings gewöhnlich darauf gerichtet, daß derjenige Theil, welcher dem Ausspruche des Arbitrator nicht Folge leisten würde, dem anderen eine gewisse Geldsumme zahlen solle. Dieser gewöhnliche Fall war es daher, welcher im prätorischen Edicte erwähnt und von den Commentatoren desselben erörtert ward. Allein der nämliche Ausleger des Edicts, von welchem die vorangeführten Pandectenstellen herrühren, Ulpian, spricht es

L. 27. § 7. D. eod.,

klar aus, daß, wenn dem Compromisse auch keine Conventionalstrafe beigefügt, sondern die Stipulation ganz einfach auf die Befolgung des schiedsrichterlichen Ausspruchs gerichtet worden sei, dennoch auf das Interesse geklagt werden könne.

Als späterhin der Gebrauch aufgekommen war, daß bei der Wahl eines Schiedsrichters entweder dieser zu Ertheilung einer

sachgemäßen Entscheidung, oder die Parteien zu Befolgung derselben, oder auch beide zugleich mittels Eides sich verpflichteten, und der Kaiser Justinian einem solchen, auch ohne Stipulation eingegangenen Compromisse unter gewissen Voraussetzungen Wirksamkeit beigelegt hatte,

L. 4. C. de recept. arbit. (2 56.)

so verordnete zwar ebenderselbe in der

Nov. 82. Cap. 11.,

daß künftig ein Compromiß nicht weiter eidlich, sondern unter Festsetzung einer Conventionalstrafe eingegangen werden sollte, er verordnete jedoch am Schlusse dieses Gesetzes, daß alle früheren Vorschriften über die Schiedsrichter, soweit sie nicht den jetzt gemißbilligten Gebrauch von Eidesleistungen beträfen, in Kraft bleiben sollten. Dieser Zusatz ließ es wenigstens zweifelhaft, ob durch das neue Gesetz die Verabredung einer Conventionalstrafe schlechterdings geboten oder nur die eidliche Verpflichtung untersagt und im Gegensatze derselben die Conventionalstrafe nur als, außerdem gewöhnliches, jedoch nach der angeführten L. 27. nicht wesentliches Sicherungsmittel erwähnt worden sei. Nachdem aber in noch späterer Zeit das Canonische Recht den Gebrauch des Eides bei Compromissen wiederum nachgelassen hatte,

I. 9. X. de arbit. (I. 43.)

so fand in den deutschen Ländern die Ansicht, daß zum Wesen eines nicht eidlich eingegangenen Compromisses die Feststellung einer Conventionalstrafe gehöre, um so weniger Eingang, jemehr die entgegengesetzte den Grundsätzen des einheimischen Rechts über die volle Wirksamkeit einfacher Verabredungen entsprach. Sowohl Theorie als Praxis nahm daher den Satz auf, daß es zur rechtsgiltigen Eingehung eines Compromisses auf Schiedsrichter weder eines Eides, noch der Feststellung einer Conventionalstrafe, sondern nur einer einfachen Erklärung bedürfe. Und dieser Grundsatz ward, wie in deutschen Ländern überhaupt,

Mevius, Dec. P. II. dec. 280.
Stryk, us. mod. Pand. Lib. II.
Thibaut, Syst. d. Pand. Rechts. § 926.

so auch besonders in Sachsen

Carpzov, jurispr. for. P. 1. const. 1. def. 13. No. 4. verb. „ut plurium poena adjecta."

Menken, syst. jur. civ. Lib. IV. Tit. 8. § 3.

Berger, Oec. jur. Lib. IV. Tit. 3. th. 3. Not. 1.

Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts. IV. Thl. § 1695.

als ein unzweifelhaftes Princip des anwendbaren Rechts festgehalten.

XIV.

Ueber den Gebrauch des remedii ex l. 2. Cod. de rescind. vend. in Bezug auf Vergleiche.

Entscheidungsgründe zu dem Erkenntnisse des Königl. Sächs. Ober-Appellationsgerichts, in Sachen Christianen Eleonoren gesch. R. ÷ Johann Georg R., vom 13. Juni 1839.

(Die nachstehenden Entscheidungsgründe können als Commentar für die bekannte Const. 34. P. II. dienen, welche, wie der in diesen Entscheidungsgründen berührte Rechtsfall beweis't, in praxi zuweilen noch unrichtig gehandhabt zu werden pflegt.)

Bei Beurtheilung des auf eine enorme Verletzung gestützten Klaggrundes kommt es nicht sowohl auf die Grundsätze des gemeinen Rechts von dem beim Kaufcontracte stattfindenden Remedio ex l. 2. Cod. de rescind. vendit., als vielmehr auf dasjenige an, was in der 34sten Const. Th. 2., deren Zweckmäßigkeit hier keiner weiteren Prüfung unterworfen werden kann, in Beziehung auf Vergleiche, welche der Verletzung halber angefochten werden, vorgeschrieben ist. Denn nur dieses Gesetz kann hier zur Richtschnur dienen, indem Beklagtens Einwand, als ob der in Frage befangene Vergleich gerichtlich geschlossen worden, unbegründet ist. Nach dem Zugeständnisse Bl. — ist der Vergleich am 27. Februar 1838 in der Klägerin Wohnung geschlossen, darauf von den Interessenten nur in der Privatexpedition des Gerichtsverwalters angezeigt und am 1. März desselben Jahres von der Klägerin coram actis ratihabirt worden. Daß die Unterhandlungen an Gerichtsstelle gepflogen und der

Vergleich unter Concurrenz des Richters zu Stande gebracht worden, kann unter diesen Umständen nicht angenommen werden. In der angeführten Constitution, welche die Ueberschrift führt: „Ob die Verträge, von wegen hoher Verletzung ultra dimidium genannt, genichtiget und hinterzogen werden können?" sind zwei Fragen entschieden: ob das in l. 2. Cod. de rescind. vend. in Bezug auf den Kaufcontract gegründete Rechtsmittel auch auf Vergleiche zu erstrecken und wie die Verletzung zu berechnen sei.

s. Gottschalk, Abh. wegen Aufhebung der Vergleiche wegen Verletzung über oder unter der Hälfte nach königl. Sächs. Rechte in Martin's Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen. Jahrgang 1830. Heft 1. Num. III. S. 73.

So wenig sich nun auch verkennen läßt, daß die Verfasser der Consultationen hierbei eine Ausdehnung des Römischen Gesetzes auf Vergleiche vor Augen hatten, wozu sie besonders in den Schriften der Glossatoren Veranlassung fanden, so erhellt doch aus der speciellen Beziehung auf l. 5. Cod. de dol. mal., die sie in der 23sten Quästion Th. 1. Tom. II. S. 52, der Ursalener Ausgabe nahmen, daß sie im Grunde eine actio doli für den Fall der enormen Verletzung bei Vergleichen gestattet wissen wollten, wobei der dolus aus der Verletzung selbst gefolgert würde. Dieser, auch von

Matth. Berlich, in Conclus. pract. p. II. Concl. 42. Num. 6.

und

Ben. Carpzov, Def. for. p. II. Const. 34. def. 1. num. 12.

angenommenen Ansicht zufolge würde es angemessen gewesen sein, die bei dem Remedio ex l. 2. Cod. de rescind. vend. dem Beklagten gestattete Wahl zwischen der Aufhebung des Kaufs und der Vergütung des rechten Werths auszuschließen, weil bei der Klage aus einem Betruge der Verletzte schlechterdings berechtigt ist, die Aufhebung des Geschäfts zu verlangen. Man vermischte jedoch die Natur beider Rechtsmittel, legte der neugeschaffenen Klage zwar einen anderen Grund, nämlich den dolum, unter, anstatt daß das Remed. ex l. 2. Cod. de resc. vend. auf Humanität gebaut war, bestimmte jedoch die rechtlichen Wirkungen derselben ebenso, wie sie bei dem gedachten remedio vorkommen, theils in Beziehung auf den Beweis,

theils in Ansehung der Art und Weise, wie Beklagter den Kläger klaglos zu stellen habe. Der Beweis beschränkt sich nothwendiger Weise darauf, daß dem Kläger zur Zeit des aufgerichteten Vertrags mehr denn noch so viel, als ihm darin zugehandelt, gebührt hätte, wodurch der unter Anderen von

Ben. Carpzov, in Def. for. p. II. Const. 34. def. 7.

vertheidigte Unterschied zwischen laesio enormis und enormissima, wozu es ohnehin kein rechtliches Anhalten giebt, ausgeschlossen wird. Diese Thatsache ist in der vorliegenden Klage insofern mit enthalten, als darin behauptet wird, das Einbringen der Klägerin, welches sie zur Zeit des Vergleichs von Beklagtem zu fordern gehabt, habe 2880 Thlr. betragen, wogegen ihr in letzterem nur 1000 Thlr., wozu noch das im ersten Bescheide erwähnte Interusurium zu rechnen ist, zugehandelt worden; sie ist daher statthaft und Klägerin in diesem, auf Rescission des Vergleichs gerichteten Processe nur, wie auch im ersten Bescheide erkannt worden, daß ihr etwas mehr als noch einmal so viel, mithin mehr als das Doppelte von 1000 Thlrn. mit Inbegriff des Interusurii gebührt hätte, zu beweisen verbunden. Führt sie dieß aus, so steht es bei Beklagtem, ob er den Vergleich aufgehoben wissen, oder aber, wie das Gesetz sagt, den Mangel nachmals erfüllen will. Um diesen zu quantificiren, muß nach Anologie des justi pretii beim Kaufe darauf Rücksicht genommen werden, wie viel an Gebührniß dargethan worden, daher denn auch

Dan. Möller, in Comment. ad Ord. Augusti ad Const. 34. P. II. S. 300.

Bened. Carpzov, a. a. O., vergl. mit def. 7. no. 9.

das Wort „Mangel" durch die Formel: id quod quantitati legitimae deest, ausdrücken. Es gestaltet sich demnach die Sache so, daß Klägerin schlechterdings, daß ihr mehr als das Doppelte, welches sie durch den Vergleich erlangt, beim Abschlusse desselben gebührt hätte, zur Beseitigung der exceptio transactionis darthun muß, ihr aber freisteht, den Beweis auch auf das Ganze, worauf in dem früheren Processe libellirt worden, zu richten, als in welchem Falle Beklagter, wenn er den Vergleich aufrecht erhalten wissen will, der Klägerin so viel, als

sie ausführen wird, zu erstatten verpflichtet ist. Endlich fügt die Constitution hinzu, daß ein Vergleich der enormen Verletzung halber nicht angefochten werden solle, wenn super laesione ipsa wissentlich transigirt worden. Diese Worte haben nicht den Sinn, als ob es hier genüge, wenn der Verletzte den Umfang seiner Ansprüche gekannt habe, indem dieß in der Regel bei einem Jeden, besonders wenn er, wie hier, solche in einer bereits erhobenen Klage auseinandergesetzt hat, präsumirt wird, sondern es muß entweder der Einrede der enormen Verletzung überhaupt entsagt, oder von dem Verletzten in dem Vergleiche erklärt worden sein, daß, ob er schon den Umfang seiner mehr als das Doppelte betragenden Ansprüche gekannt, dennoch mit dem Vergleichs-quanto sich begnügen wolle.

Ben. Carpzov, a. a. O. def. 2.
Curtius, Handbuch. Th. 4. § 1689.

Dieser Fall ist, wie der Inhalt des Vergleichs besagt, gegenwärtig nicht vorhanden, mithin steht auch die in der Constitution enthaltene Ausnahme der Klage nicht entgegen. Ist nun auch die Schlußbitte der Klage, besonders nachdem Klägerin den auf einen Irrthum gesetzten Grund derselben fallen gelassen, insofern nicht angemessen, als sie darauf gerichtet worden, daß Beklagter in diesem Processe der früheren Klage für geständig geachtet werden soll, als welches durch den der Klägerin jetzt auferlegten Beweis von selbst ausgeschlossen wird, so tritt doch die Disposition der Erl. Proc. Ordn. ad tit. V. § 1. ein, nach welcher der Richter das petitum der Klage von Amtswegen verbessern soll, wenn nur das factum richtig prämittirt worden ist.

XV.

Ueber die Klagen auf Erfüllung von Verbindlichkeiten, welche von unbestätigten Actienvereinen durch deren Directoren oder andere Mitglieder contrahirt worden sind.

---

1. Erkenntniß der Juristenfacultät.

Als Uns das Stadtgericht zu — Acta, Karl Gottfr. H. j., Klägern am einen, Theod. Gustav R. am anderen Theile ꝛc. ꝛc.

Und weil nur einer solchen Gesellschaft, welche vom Staate confirmirt worden ist, die Rechte einer universitas zustehen, jede andere aber derselben entbehrt, mithin diejenigen, welche im Namen einer nicht confirmirten Gesellschaft contrahiren, sich jedenfalls nicht entbrechen mögen, dieselbe für ihre Personen zu vertreten, nun aber in gegenwärtiger Sache keiner von beiden Theilen darauf sich hat beziehen können, daß die —=Comp. zu — eine von der höchsten Behörde bestätigte Gesellschaft sei, weiter Beklagter, daß er zur Zeit des mit Klägerm abgeschlossenen, in der Klage erwähnten Contracts Vorsitzender des Directorii gewesen sei, sowohl daß er als solcher den gedachten Contract unter den in der Klage angegebenen Bedingungen und namentlich unter dem Versprechen von vier Procent vom Reingewinn der Werkstatt mit Klägern geschlossen habe, eingeräumt, so daß die fast durchgängige Verneinung der Klage lediglich darauf zu beziehen ist, daß Beklagter nicht für seine Person, sondern als Vorsitzender des Directorii und im Vereine mit diesem selbst den fraglichen Contract geschlossen habe, als womit auch Klä=

gers Erklärung im Wesentlichen übereinstimmt, nach allem diesen aber Beklagter jedenfalls mit den übrigen Directoren zusammen, ein jeder zu seinem Theile, die aus jenem Contracte entsprungenen Verpflichtungen zu erfüllen verbunden, das gegenwärtige Suchen Klägers aber nur auf Rechnungsablegung gerichtet, und diese als eine untheilbare Handlung von jedem der verpflichteten Directoren ganz zu leisten ist, so ist Beklagter richtige Rechnung über den Reinertrag der Werkstatt der obenerwähnten —: Compagnie dem Kläger abzulegen schuldig.

2. Aus den Entscheidungsgründen zu einem Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts in S. Wagner's ÷ Haubold.

Es fragt sich aber, ob, inwiefern und gegen wen im vorliegenden Falle auf solche Weise möge erkannt werden. Rubrik und Inhalt der Klage sind nicht ganz mit einander vereinbar. Nach ersterer sollte der Actien-Verein und neben diesem jedes der mit Namen aufgeführten Individuen verklagt sein. Liest man dagegen das Klagvorbringen und was in der Replik angeführt ist, so gewinnt es das Ansehen, daß Kläger — welche übrigens auch während des ganzen ersten Verfahrens nicht gegen den proceßleitenden Richter bemerkt haben, daß jemand Anderes außer den namentlich aufgeführten Beklagten vorzuladen gewesen wäre — den genannten Actien-Verein, d. h. eine Vereinigung nicht öffentlich genannter Personen, welche zu Herstellung und Betreibung eines Geschäfts ein Capital zusammengeschossen, ebenso wenig haben verklagen wollen, als der Natur der Sache nach möglich ist, eine Firma ohne Abgabe derjenigen Personen, welche dieselbe führen, und überhaupt unbekannte Individuen unter einem Collectivnamen zu verklagen, der keine moralische Person bezeichnet, daß Kläger vielmehr nur die namentlich aufgeführten Directoren haben verklagen wollen, und diese zwar nicht blos nach Maßgabe des fol. extractweise und abschriftlich zu lesenden in Abschn. ... fol. von Beklagtem anerkannten Statutes, als geordnete Vertreter des Vereins, son-

dern auch solidarisch, als die ihnen, den Klägern, bekannten Actieninhaber und Mitglieder der Actiengesellschaft.

Gemäß der Rubrik in der Klagüberschrift hat man in dem vorhergegangenen Urthel des Appellationsger. zu Zwickau als Beklagten am anderen Theile, den Actien-Verein, und als Mitbeklagte am dritten Theile, die drei mit Namen aufgeführten Personen bezeichnet und gegen den Actien-Verein das Suchen schlechterdings abgewiesen. Hiergegen ist aber grav. 1. der von Klägern gegen das Urthel gebrauchten Appellation gerichtet, dieß grav. auch fol. wiederholt worden, indem Kläger ganz allgemein gegen die Confirmatoriam appellirt haben, wie sie denn fol. auch ausdrücklich verlangt haben, daß ihr Klagrecht gegen die unter den Namen: sächsische —-Compagnie, bestehende Handelsgesellschaft anerkannt werde.

Indem nun deßfalls jetzt confirmatorisch ist erkannt worden, bemerkt man zur Rechtfertigung des vorstehend gesprochenen Urthels Folgendes:

So gewiß es ist, daß ein nicht von dem Staate approbirter, und darum nicht in die Reihe von moralischen Personen eingetretener Actien-Verein als solcher keine personam standi in judicio hat, unter seinem Collectivnamen ebenso wenig Rechte erwerben, als Verbindlichkeiten contrahiren kann, so ist doch nicht schlechterdings die Möglichkeit benommen, einen Actien-Verein in denjenigen Individuen zu belangen, welche ihn bilden, z. B. durch eine actio de in rem verso, indem von dem Kläger der Gewinn an- und ausgeführt würde, der auf jeden der Actieninhaber durch das libellirte Geschäft ausgefallen sei. Es würde sogar möglich sein, Rechte gegen einen Actien-Verein auszuführen, ohne daß dessen einzelne Theilhaber benannt würden, wie z. B. in dem Falle, wo ein dergl. Verein insolvent geworden, sich auflöst'te und der Richter die vorhandenen Fonds zu Sicherstellung der Gläubiger in Beschlag nehme. Allein von einer solchen Möglichkeit liegt in den Acten keine Andeutung vor, insonderheit streitet gegen die Möglichkeit einer actio de in rem verso der Kläger Aeußerung, daß man Seiten des Vereins mehr versprochen haben dürfte, als man auszuführen sich nachher im Stande gesehen.

Was nun die Verbindlichkeit der Beklagten betrifft, so haben dieselben eingestanden, bis zur Insinuation der Klage Actionairs gewesen zu sein.

Solidarisch würden sie demnach als solche gehalten sein, wenn die Solidarität bei Verbindlichkeiten, die eine Actiengesellschaft contrahirt hat, durch den Besitz einer Actie begründet würde, was aber bekanntlich nicht der Fall ist, da der Gerichtsbrauch sich dahin entschieden hat, daß Actiengesellschaften, wie en commandite, eine Ausnahme von der Solidarität machen, die in der Regel bei Handelsgesellschaften stattfindet.

Bei Beantwortung der hiernächst sich ergebenden Frage, ob und in welcher Maße die Mitbeklagten aus einem anderen Grunde obligat sind, ist man von der Ueberzeugung ausgegangen, daß bei der Beurtheilung des vorliegenden Verhältnisses von dem Inhalte des Römischen Rechts zu abstrahiren, insonderheit keine Entscheidungsnorm aus dem zu entnehmen sei, was das Römische Recht über Verbindlichkeiten enthält, die ein institor contrahirt hat; dieß um deßwillen nicht, weil dem Römischen Rechte die Actiengesellschaften völlig unbekannt waren, wie sie denn auch in Sachsen erst in neuester Zeit ein Gegenstand der Rechtspraxis geworden sind. Demnach ließ sich eine Norm des Urtheils nur in dem allgemeinen und unbestreitbaren Grundsatze finden, daß Jeder, der Rechte erwerben will, auch die dagegen übernommenen Verbindlichkeiten in derjenigen Maße gewähren müsse, in welcher der Mitcontrahent dieselben gewährt zu sehen erwartete, und in welcher er, dieselben gewährt zu sehen, nach dem Gange des Geschäfts zu erwarten berechtigt war. Offenbar aber erwartet, wer mit einem Actien-Vereine durch dessen Directoren contrahirt (dieß thaten Kläger nach Inhalt des eingestandenen Abschn. ꝛc.), er werde von denjenigen, die den Actien-Verein bei Abschluß des Contracts gegen ihn repräsentirten, oder künftighin an deren Stelle treten möchten, aus den Mitteln des Vereins erfüllt bekommen, was ihm zu erfüllen war.

Wendet man diese Bemerkung auf den vorliegenden Fall an, so sind Beklagte, die selbst zugestanden haben, daß die Directoren der verklagten sächsischen —-Compagnie als Directoren

der sächsischen —-Werkstatt in — zufolge des für die sächsische —-Compagnie entworfenen Statutes das ihrer Leitung anvertraute Etablissement zu vertreten verbunden sind", und: „bis zur Insinuation der Klage Directoren der sächsischen —-Compagnie und als solche Directoren der sächsischen —-Werkstatt gewesen sind", diejenigen Individuen, welche aus den oben angegebenen Gründen, jedoch also zu verurtheilen waren, daß sie die contrahirte Verbindlichkeit nur aus den vorhandenen Mitteln der Gesellschaft zu erfüllen haben, wie denn auch im Exceptionssatze die Mitbeklagten die Klage nur insofern hinsichtlich der legitimatio ad causam passiva für unstatthaft erachtet wissen wollen, als dieselbe gegen ihre Person oder auf Erfüllung einer Verbindlichkeit gerichtet ist, für die Mitbeklagten ohne diejenige Modification einzustehen möchten gehalten werden, die darin liege, daß sie nur den Verein repräsentiren.

Wenn Mitbeklagte ebendaselbst bemerken, daß an die Stelle des einen von ihnen ein anderes namhaft gemachtes Individuum getreten sei, so war auf das bloße Anführen kein Absehen zu richten, da, wer einmal ad causam passivam legitimirt ist, es bleibt, bis nicht an seiner Stelle ein anderes statt seiner legitimirtes Individuum den Proceß statthafter Weise aufgenommen hat. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, obschon die Herstellung eines Dampfmühlenwerks eine ihrer Natur nach untheilbare Leistung ist, dieß dennoch keinen Grund für eine Solidarität der Verpflichtung der Beklagten abgeben kann, da, wie es die Natur des Verhältnisses mit sich bringt, jene Herstellung in der Person der Mitbeklagten sich nur auf administrative Anordnungen beschränkt.

XVI.

Auszug aus einigen Verordnungen des Königl. hohen Justizministerii.

1.

Welche Behörde hat in Criminalsachen zu erkennen, wenn nachträglich auf den Grund geleisteten Ersatzes auf ein anderweites Erkenntniß provocirt worden ist, oder wenn ein Inculpat die ihm nachgelassene Unschuldsausführung unternimmt, oder sonst nach Submission des Inculpaten über neue Thatsachen oder Beweismittel zu entscheiden ist?

(An das Appellationsger. zu Zwickau v. 7. Januar 1836.)

In Criminalsachen ist nicht nur dann, wenn nachträglich auf den Grund geleisteten Ersatzes auf ein anderweites Erkenntniß provocirt wird, sondern auch in den Fällen, wenn ein Inculpat, dem die Unschuldsausführung nachgelassen worden, sich zwar dem Erkenntnisse submittirt hat, später aber seine Unschuld auszuführen sucht, ingleichen wenn sonst nach Submission des Inculpaten über neue Thatsachen oder Beweismittel, die die Unschuld oder Unzurechnungsfähigkeit desselben darthun sollen, zu entscheiden ist, das Erkenntniß jedesmal, nicht in der ersten, sondern in der zweiten Instanz, mithin bei den § 38. sub 1. des Ges. vom 28. Jan. 1835 angedeuteten Verbrechen von dem Ober-Appellationsgerichte, bei den unter No. 2. bezeichneten aber von dem Bezirks-Appellationsgerichte zu fällen.

2.

Kann ein Stadtgericht in den vom Stadtrathe desselben Orts bei ihm anhängig gemachten Rechtssachen selbst die Entscheidung fällen?

(An das Appellationsger. zu Dresden v. 24. Oct. 1836.)

Die Stelle der Erl. Proceß-Ordnung ad Tit. II. § 3. bezieht sich, wie schon die im Eingange gebrauchten Worte: „diejenigen, so sich zu Gerichtsverwaltungen auf dem Lande gebrauchen lassen", andeuten, nur auf die Patrimonialgerichtsverwalter der Rittergutsbesitzer (vergl. Griebner, Anm. ad h. §.) nicht aber auf die Stadtgerichte. Wenn daher ein Stadtgericht gänzlich getrennt vom Stadtrathe seinem Personale nach constituirt ist und auch nicht ausnahmsweise in einer amtlichen Verbindung mit dem Stadtrathe steht, so kann es in den vom Stadtrathe desselben Orts bei ihm anhängig gemachten Rechtssachen selbst die Entscheidung fällen, dagegen erscheint ein Stadtgericht zu einer solchen Entscheidung nicht geeignet, wenn bei demselben ein Mangel der völligen Selbstständigkeit des Richterpersonals, oder Identität mit den Mitgliedern des Stadtraths bei collegialischer oder nichtcollegialischer Verfassung des Stadtgerichts stattfindet.

3.

Inwiefern ist dem Antrage ausländischer Behörden um Einziehung von Stempelstrafen von Sächsischen Unterthanen Statt zu geben?

(An das Appellationsger. zu Dresden v. 6. März 1837.)

Auf den von dem Appellationsgerichte zu Dresden unter dem 3. März dieses Jahres erstatteten Vortrag hat das Justiz-Ministerium beschlossen, daß der von dem Stadtgerichte zu Berlin an das Stadtgericht zu P. gelangten Requisition um Einziehung einer Stempelstrafe von dem Schiffer Gr. in P. zu fügen abgelehnt werde. Denn, wenn zwar in einem anderen Falle, als nämlich im Jahre 1833 das Stadtgericht zu Berlin

das Stadtgericht zu Dresden um Einziehung einer Stempelstrafe von dem hiesigen Kaufmann S. requirirte, das Justiz-Ministerium nach Inhalt der unter dem 18. October 1833 an das vormalige Landesjustiz-Collegium erlassenen Verordnung geschehen ließ, daß der Requisition Folge gegeben wurde, so tritt doch die Rücksicht, welche in jenem Falle darauf genommen wurde, daß S. in der Zeit, da er in die Stempelstrafe verfallen, Preußischer Unterthan gewesen war, in gegenwärtigem Falle nicht ein, und ebenso wenig ergreift hier, wo nicht eine durch unterlassene Verwendung des vorschriftmäßigen Stempelpapiers zu Proceßschriften verwirkte Stempelstrafe in Frage ist, der andere Grundsatz Platz, der in jenem anderen Falle für die Statthaftigkeit des Antrags darin gefunden wurde, daß derjenige, welcher die Hilfe einer ausländischen Behörde in Anspruch nimmt, auch den Bedingungen, unter welchen nach den Gesetzen des anderen Staates diese Hilfe geleistet wird, sich unterworfen habe, mithin auch Kosten und Stempelimpost, so wie eintretenden Falls Stempelstrafe abzuentrichten und zu erlegen angehalten werden könne.

Vielmehr ist im vorliegenden Falle lediglich den Grundsätzen nachzugehen, welche im Allgemeinen über die Nichtvollstreckbarkeit von Strafen wegen Uebertretungen ausländischer Abgabengesetze an Sächsische Staatsangehörige gelten.

4.

In welcher Form hat die Ueberlassung des Nachlasses an die Wittwe zu erfolgen, wenn dieselbe sich erboten hat, den ihr und den Kindern des Verstorbenen gemeinschaftlich angefallenen Nachlaß zur alleinigen activen und passiven Vertretung zu übernehmen?

(An das Appellationsger. zu Dresden vom 20. Sept. 1837.)

In Fällen, wo die Wittwe sich erboten hat, den ihr und den Kindern des Verstorbenen gemeinschaftlich angefallenen Nachlaß zur alleinigen activen und passiven Vertretung zu übernehmen, und besonders, wo es sich darum handelt, ob zu der un-

ter den vorwaltenden Umständen etwa hiernach rathsam erscheinenden Ueberlassung des letzteren an die Wittwe wegen der als Erben mitconcurrirenden unmündigen Kinder das obervormundschaftliche Decret zu ertheilen sei, darf diese Ueberlassung nicht im Wege einer von den Kindern selbst, oder von Vormündern der darunter befindlichen Minderjährigen zu bewirkenden Lossagung vom Nachlasse erfolgen, (wenigstens würden in diesem Falle diejenigen Verwandten, denen gesetzlich das nächste Erbrecht zusteht, wegen des somit an sie gelangten Erbanspruchs zu befragen sein, da nach den in dem Erbfolge-Gesetze von 1829 enthaltenen Bestimmungen dann, wenn Jemand die ihm vermöge des Gesetzes angefallene Erbportion ausschlägt, es dabei so, als ob der Ausschlagende vor dem Erblasser verstorben wäre, gehalten werden soll,) vielmehr soll die Ueberlassung des Nachlasses an die Wittwe in der Form einer wirklichen Cession geschehen.

Uebrigens ist nach Befinden der Umstände darauf besondere Rücksicht zu nehmen, inwiefern der Decretsertheilung zu dergleichen erbschaftlichen Cessionsverträgen, bei welchen Unmündige concurriren, die Nachweisung der bereits erfolgten Befriedigung der Nachlaß-Gläubiger, oder deren Erklärung, die Unmündigen ihres Anspruchs zu entlassen, vorausgehen müsse.

5.

Hat die Proceßbehörde dem Sachwalter eines geschworenen Armen seine Verläge auch dann zu erstatten, wenn das Gericht den Sachwalter nicht selbst zugeordnet hat?

Das Königl. hohe Justizministerium hat diese Frage in einer Verordnung an das Appellationsgericht zu Dresden vom 9. Juni 1840 bejahend entschieden, jedoch unter der Voraussetzung, daß nicht bei der betreffenden Proceßbehörde ein eigener Armenadvocat angestellt sei.

In derselben Verordnung spricht sich das hohe Justizministerium dahin aus, daß, „wenn auch sonst die wirkliche Leist-

ung des Armeneides als nothwendige Bedingung der Erlangung des Armenrechts und der damit verbundenen Privilegien mit Recht angesehen werde, doch bei der, selbst nach Publication des Definitiverkenntnisses Bl. ... erklärten Bereitwilligkeit der Klägerin zu Leistung des erkannten Armeneides die Unterlassung der Abnahme desselben, wozu das Gericht bei notorisch Armen nach Griebner, im Disc. zur Erl. Pr. Ordn. ad **Tit. I. § 13.** verb., „in einer andern" ohnehin berechtigt sei, dem Sachwalter in Bezug auf die Erstattung des nothwendigen baaren Verlags nicht zum Präjudiz gereichen könne."

XVII.

Ueber die Verbindlichkeit, documenta aliena zu recognosciren, und die Beweiskraft von documentis, die der Producent abgefaßt, so wie über die Verbindlichkeit zur Edition von Quittungen.

Entscheidungsgründe zu einem Erkenntnisse des Königl. Appellationsgerichts zu Leipzig, in Sachen Johannen Sophien B. ÷ Heinrich Wilhelm Leberecht L., vom Jahre 1837.

I. Zu Beklagtens Appellation. Was die als Beweisurkunde M. producirten Wirthschaftsrechnungen betrifft, so sind die darunter begriffenen acht Wirthschaftsrechnungen des Ritterguts S., welche auf die Monate September 1790 bis April 1791 abgelegt sind, keineswegs aus dem Grunde, weil sie der Unterschriften ermangeln, für irrecognoscibel zu achten. Denn dieselben sind, wie dieß bei Rechnungen gewöhnlich ist, unter den Aufschriften von dem Rechnungsführer Johann Samuel H. als solchem unterzeichnet. Sind sie gleich rücksichtlich der Kläger documenta aliena, so ist doch wenigstens nach Sächsischem Rechte nicht anzunehmen, daß die Recognition derselben aus diesem Grunde abgelehnt werden kann.

Proc. Ordn. Tit. 25. § 2.
Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 25. § 4.
Biener, Syst. proc. jud. § 149.
v. Langenn und Kori, Erörterungen. Th. I. S. 246 der 2ten Aufl.

Auch sind diese Rechnungen, wenn sie gleich von einem ehemaligen Verwalter desjenigen Ritterguts abgelegt sind, dessen

Befugnisse im gegenwärtigen Processe verfochten werden, darum doch nicht als Scripturae pro scribente anzusehen. Denn obschon H. mit seinem damaligen Dienstherrn, Beklagtens Besitzvorfahrer, in anderer Rücksicht in Einheit der Person stand, so fand diese Einheit doch nicht statt in Hinsicht der Rechnungsablegung über die von H. verwalteten Einkünfte des Ritterguts, bei welcher vielmehr beide Theile ein entgegengesetztes Interesse hatten, und nicht zu vermuthen ist, daß der Verwalter Erbzinsen, welche er nicht eingenommen, doch in Einnahme verschrieben und seinem Herrn verrechnet haben sollte. Uebrigens können sogar, wenn man sie für eigene Urkunden des Beklagten halten wollte, wie

Linde, Lehrbuch des deutsch. gem. Civilrechts. § 276.

bemerkt, Vermuthungen durch Privaturkunden nach Befinden selbst für den Aussteller begründet werden. Da nun die Kläger der ihnen gehörig insinuirten Ladung ungeachtet diese Theile der Urkunde M. nicht anerkannt haben, so sind solche dem Präjudiz gemäß für anerkannt zu achten. Es versteht sich übrigens von selbst, daß hierdurch nur die Möglichkeit, daß dieselben auf den Beweis Einfluß gewinnen, ausgesprochen, keineswegs aber der definitiven Entscheidung vorgegriffen und bestimmt werden soll, ob und bis zu welchem Grade rechtlicher Gewißheit wirklich etwas dadurch bewiesen werde.

II. Zu der Kläger Appellation. Es ist mit dem vorigen Urthel aus den darin im Allgemeinen erwähnten Gründen angenommen worden, daß die Kläger zu Edition ihrer bei dem —sten Beweisartikel als Urkunde N. inducirten Haferzinsquittungsbüchern verpflichtet gewesen wären. Wenn die Kläger sich auf den Grundsatz stützen, daß ein jeder Beklagter, zumal in Negatoriensachen, durch peremtorische Exceptionen die Rolle des Klägers übernimmt, und daraus folgern, daß er bei dem Beweise dieser Exceptionen seinen Gegner zu Edition diesem gehöriger Urkunden nicht nöthigen könne, so steht ihnen dießfalls nicht nur die Autorität von

Krause, Tract. synopt. proc. jud. L. I. cap. 3. sect. 4. § 3.

entgegen, welcher nach dem Vorgange Wernher's auch bei der Negatorienklage den Beklagten zur Edition an den Kläger ver-

pflichtet hält, sondern es würde, selbst wenn man in dieser Beziehung gegenwärtigen Beklagten als Kläger behandeln wollte, doch hierbei zu beachten sein, daß die geforderten Quittungsbücher nicht sowohl zum Beweise der Adquisitivverjährung, als der Duplik dienen sollen, wodurch seine erste Exception des Kraft Vertrags ihm zuständigen Befugnisses gegen den Einwand geschützt wird, daß dasselbe durch Nichtgebrauch erloschen sei.

Wäre er nämlich als Kläger zu behandeln, so würde die Duplik als eine Replik anzusehen sein, zu deren Behuf ihm zufolge der

Erl. Proc. Ordn. Tit. 26. § 1.

die Gegner indistincte Urkunden zu ediren verbunden wären.

Will man aber auch hiervon absehen, so würden doch die fraglichen Quittungen für gemeinschaftliche Urkunden zu achten und wenigstens aus diesem Grunde die Kläger zu deren Edition verpflichtet sein. Sind diese gleich Eigenthümer der Quittungen, so betreffen letztere doch ein gemeinschaftliches Rechtsverhältniß und Rechtsgeschäft, wobei der Beklagte als Berechtigter, die Kläger als Verpflichtete concurrirten. Es ist von

Linde, in der Zeitschrift für Civil-Recht u. Proceß. B. I. Nr. VIII. Seite 200 flg.

mit guten Gründen, welche in der Abhandlung von Mittermaier über Verpflichtung zur Edition von Urkunden Seite 30 nicht widerlegt sind, gezeigt worden, daß schon nach Römischem Rechte die Quittungen, auch wenn sie nichts außer dem Bekenntnisse der Zahlung enthalten, gemeinschaftliche Urkunden seien, und man hat nur noch hinzuzusetzen, daß die hier hauptsächlich in Betracht kommende

L. 19. Cod. de fide instrum. (4. 21.)

durch die Worte: eas habere se negando, nicht blos Linde's Auslegung unterstützt, sondern auch nicht undeutlich zu erkennen giebt, daß der Schuldner die Quittung herauszugeben allerdings verbunden und der Gläubiger nur wegen der Möglichkeit, daß jener den Besitz der Quittungen ableugnen werde, eine antapocha von ihm zu fordern berechtigt sei.

Was aber das Sächsische Recht betrifft, so geht die Absicht der

Erl. Proc. Ordn. ad Tit. 26. § 1.

offenbar dahin, den zweifelhaften Umfang des Begriffs der documenta communia nicht zu beschränken, sondern zu erweitern. Wenn man daher auch das daselbst erwähnte Interesse an den Urkunden des Gegners nicht in der Ausdehnung, wie

Griebner, im Discurse ad h. l.

und

Pfotenhauer, doctr. proc. § 439.

gethan, erklären will, so scheint es doch keinem Zweifel unterworfen, daß jedenfalls in Sachsen die Quittungen in Processen zwischen dem Gläubiger und Schuldner unter die documenta communia gerechnet, mithin von Letzterem, ohne Unterschied, ob er Kläger oder Beklagter, dem Ersteren edirt werden müssen.

XVIII.

Ist derjenige, welcher in dem Lande, zu dessen Unterthanenverbande er gehört, gesetzlicher Maßen pro prodigo erklärt worden ist, auch im Auslande als prodigus zu betrachten? — Unter welchen Voraussetzungen gehen Entscheidungsgründe in Rechtskraft über?

Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Dresden, vom 4. Februar 1840.

..... Allerdings ist die Frage, ob eine über einen Ausländer bestellte Zustandsvormundschaft rücksichtlich der im Inlande eingegangenen Rechtsgeschäfte im Inlande zu beachten sei, nicht als unbestritten zu betrachten, indem die bejahende, wie die verneinende Antwort Vertheidiger gefunden hat. Allein für die Beachtung einer solchen, von dem ausländischen **judex domicilii** innerhalb der Grenzen seiner Competenz vorgenommenen Maßnehmungen sprechen überwiegende Gründe. Die Person eines Unterthanen ist keinem anderen Staate unterworfen, als demjenigen, in dessen Bezirke sie ihren Wohnsitz hat, der Zustand einer Person und die davon abhängenden Rechte aber (status) begleiten sie hin, wo sie sich immer aufhalten mag, mithin müssen auch die Gesetze des Wohnorts, die diese persönliche Eigenschaft dem Unterthan beilegen, als Normen angewendet werden, wenn die Person sich auch außerhalb des Landes befindet, dessen Gesetzen und Landesherrn sie unterthänig ist.

Hofacker, princ. jur. civ. tom. I. § 139.
Hommel, Rhaps. obs. 409.
Glück, Pand. Th. 1. § 74. S. 398.

Thibaut, Pand. § 36.
Frid. Wilh. Tittmann, de competentia legum extern. et domest. Halle 1822. § 34. p. 37. § 47. p. 52.
Mühlenbruch, Lehrb. des Pandr. Th. 1. § 72.

Hieraus folgt aber von selbst, daß derjenige, welcher in dem Lande, zu dessen Unterthanenverbande er gehört, nach den daselbst vorgeschriebenen Gesetzen und Formen pro prodigo und somit für nicht dispositionsfähig erklärt worden ist, auch im Auslande als prodigus zu betrachten ist.

Hommel, l. c.
Hänsel, Excurse zu Curtius. Th. 3. S. 498.
Kritz, Sammlung von Rechtsfällen. Th. 1. S. 123.

Selbst wenn man aber diese Ansicht in thesi nicht für begründet erachten wollte, so würde sie doch im vorliegenden Falle um deßwillen zu befolgen sein, weil sie dem in der zwischen denselben Parteien über dieselben Forderungen, welche jetzt in Frage sind, verhandelten früheren Rechtsstreite ertheilten und in Rechtskraft übergegangenen Erkenntnisse des Königl. Appellationsgerichte zu Grunde liegt. Denn die damals von der Klägerin erhobene Executivklage ward, wie die Entscheidungsgründe mit völliger Bestimmtheit an die Hand geben, lediglich deßhalb zurückgewiesen, weil die T. bereits vom Monat Mai 1821 an bis jetzt ununterbrochen unter Zustandsvormundschaft sich befunden habe, mithin der Mangel der Dispositionsfähigkeit derselben liquid sei. Die Sachverhältnisse waren aber schon damals dem Königl. Appellationsger. nicht nur aus den bei Abfassung des gedachten Erkenntnisses mit der ausländischen Behörde obschwebenden Verhandlungen officiell bekannt, sondern es lag auch demselben sowohl das Bl. ... gedachter Acten befindliche Zeugniß, in welchem bemerkt wird, daß die Beklagte ihren Wohnsitz nach C— verlegt und dort unter Curatel gestellt worden, als auch, nach Inhalt des auf die Appellation der Beklagten unter dem 3. Juli 1837 erstatteten Berichts, der ganze Complex der Acten über die Bevormundung der Beklagten vor. Allerdings ist nun jener, die Abweisung der Executivklage motivirende Satz nur in den Entscheidungsgründen des Appellationsgerichts-Erkenntnisses ausgesprochen, und es ist im Allgemeinen die Bemerkung, daß Entscheidungsgründe nicht in Rechtskraft übergehen, richtig.

Berger, Oec. lib. IV. tit. XXII, th. IV. not. 6. p. 783. ed. Winckler.

Biener, Syst. proc. jud. § 108.

Allein, abgesehen von der Ansicht mancher Rechtslehrer, welche behaupten, daß eine Rechtskraft dann den Entscheidungsgründen beizulegen, wenn sie dem Urthel eingeschaltet und mit demselben publicirt worden sind,

Wernher, Obs. p. III. obs. 97. p. IV. obs. 172.

Pfotenhauer, doctr. proc. § 576. not. ****.

leidet jener Satz dann eine Ausnahme, wenn die Entscheidungsgründe die Erklärung des Sinnes des Erkenntnisses unmittelbar enthalten, indem sie dann als ein integrirender Theil des Erkenntnisses zu betrachten sind', ein Grundsatz, der auch von dem vormaligen Appellationsger. und dem Königl. Ober-Appellationsger. mehrfach als richtig anerkannt worden ist (z. B. Urthel des Königl. Ober-Appellationsger. v. 1. Novbr. 1838 u. 20. März 1839 in Sachen P.'s ÷ R.) und dessen Festhaltung sich auch um deßwillen als nöthig darstellt, weil außerdem fortwährendes Schwanken und Irreführen der Parteien Platz greifen müßte. Insonderheit liegt es daher in der Natur der Sache, daß, wenn eine Klage aus einem bestimmten, in den Rationen angegebenen Grunde rechtskräftig zurückgewiesen worden, der Kläger in der anderweiten Klage dem in den Rationen gerügten Mangel abhelfen muß. Außerdem steht ihm die Rechtskraft des früheren Erkenntnisses und der dasselbe motivirenden Entscheidungsgründe unbedingt entgegen.

Kori, Theorie des Sächs. bürgerl. Processes. § 59. Seite 122.

Dieß hat denn Klägerin auch selbst erkannt, und daher ihre anderweite, im ordentlichen Processe erhobene Klage auf die Behauptung gestützt, daß der Agent K. ihr bei Negocirung des ersten Darlehns von 100 Thlrn. im Auftrage der Curandin des Beklagten versichert habe, dieselbe sei dispositionsfähig, und daß die R. bei Aufnahme der später von ihr selbst in Empfang genommenen Darlehne die Angaben K.'s über ihre Dispositionsfähigkeit wiederholt habe. Diese auf den Eid gestellten Angaben machen die Klage allerdings schlüssig. Denn diejenigen, welche für Verschwender erklärt worden sind, sind nach der Vormundschaftsordnung Cap. 34. § 12. überhaupt

den Unmündigen gleich zu achten, und es kommt daher auch bei ihnen der Rechtsgrundsatz in Anwendung, daß sie aus Contracten, welche sie ohne Genehmigung des Vormundes geschlossen haben, dann verbindlich werden, wenn sie erweislich sich betrüglicher Weise für dispositionsfähig ausgegeben und dadurch den Anderen mit ihm zu contrahiren verleitet haben.

Vorm. O. cap. XIII. § 7.
Mand. v. 31. Decbr. 1827. (G. S. v. 1828. S. 4.)
Curtius, Handb. § 345.
Hänsel, Exc. Th. 3. S. 403.

Daß nun Beklagtens Curandin, der es, wie die Acten über ihre Bevormundung fast auf jedem Blatte beweisen, sehr wohl bekannt war, daß sie in C— unter cura stehe, dolose gehandelt, wenn sie den K. dahin instruirte, daß er sie gegen die Klägerin für dispositionsfähig ausgeben solle, und wenn sie diese Erklärung selbst der Klägerin wiederholte, kann nicht bezweifelt werden. Ebenso wenig läßt sich aber vermuthen, daß Klägerin, wenn sie diesen Umstand gekannt hätte, der R. die fraglichen Darlehne gegeben haben würde. Es sind mithin die in den obgedachten Gesetzen enthaltenen Voraussetzungen allerdings vorhanden, und der der Klägerin obliegende Beweis wird von ihr durch den Eidesantrag beim Einlassungspunkte — hergestellt. Ob und inwieweit es der eidlichen Bestärkung von Seiten der Klägerin, daß sie die R. wirklich für dispositionsfähig gehalten, bedürfen würde,

Vorm. O. cap. XIII. § 7.
angez. Mand. v. 31. Decbr. 1827.

könnte blos dann in Frage kommen, wenn von Seiten des Beklagten die obgedachten Angaben über die fälschlichen Vorspiegelungen über die Dispositionsfähigkeit der R. zugestanden worden wären. Bei dieser Sachlage hätte dann in erster Instanz auf den bei den obgedachten Einlassungspunkten angetragenen und insoweit nicht zurückgeschobenen Eid erkannt, dagegen auf die vorgeschützte exceptio non numeratae pecuniae nach der Rechtsregel negans jurejurando delato non excipit keine Rücksicht genommen werden sollen. Dagegen, daß Letzteres geschehe, indem man Beklagtem den Beweis nachgelassen, hat Klägerin nicht appellirt, dieß ist mithin gegen sie rechtskräftig geworden

und konnte dermalen sonach nicht geändert werden. Allein es war dennoch auf das delatum zu erkennen, deren Leistung nach dem Antrage des curator status, dem auch Klägerin nicht unbedingt widersprochen hat, der Curandin des Beklagten aufzulegen war, da hier eine vor der am 9. Mai 1838 stattgefundenen Verpflichtung des Beklagten von der Curandin desselben vorgenommene eigene Handlung in Frage ist und die für Verschwender erkärten Personen durch kein Gesetz schlechthin als eidesunfähig bezeichnet werden.

Wernher, obs. for. tom. IV. obs. 151. no. 75.
Kori, a. a. O. S. 88.
Hänsel, Exc. Th. 3. S. 497.
Biener, syst. proc. § 101.

Cumulativ neben dem nachgelassenen Beweise konnte aber, eben weil, wie gedacht, gar nicht auf den Beweis der Exception hätte erkannt werden sollen, nicht auf den Eid über den Klaggrund erkannt werden, vielmehr hat Kläger mit seiner Curandin selbst zu ermessen, ob sie den ihr auferlegten Eid mit gutem Gewissen zu schwören im Stande ist, oder, unter stillschweigender, oder ausdrücklicher Zugestehung der ihr in's Gewissen geschobenen Thatsachen, binnen der ihr vorgeschriebenen Sächsischen Frist den Beweis der exceptio non numeratae pecuniae unternehmen will. Wählt sie Letzteres, so kann sie dann auf den Eid bei etwaigem Mißlingen der Beweisführung nicht zurückkommen.

XIX.

Der Verkäufer muß für diejenigen Eigenschaften stehen, die er an der verkauften Sache gerühmt hat, und es kommt weiter nichts darauf an, ob er dolose gehandelt und solche Angaben wider besseres Wissen gemacht hat, oder nicht.

(Ist auch der vorstehends aufgestellte Satz an sich nicht controvers, so enthält doch die nachstehends mitgetheilte Entscheidung des Königl. Appellationsgerichts zu Dresden vom Jahre 1837, welche sich mit demselben beschäftigt, so wie das in derselben Sache gefällte Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß, mannigfache Beziehungen von practischer Wichtigkeit.)

Es ist bekannten Rechtens, daß der Verkäufer für diejenigen Eigenschaften, die er an der verkauften Sache gerühmt hat, stehen muß, wobei nichts darauf ankommt, ob er dolose gehandelt und solche Angaben wider besseres Wissen gemacht hat, oder nicht.

L. 43. pr. D. de contrah. E. V. 18. 1.
L. 13. § 3. D. de Act. E. V. 19. 1.
L. 17. § ult. L. 18. § 1. L. 38. § 10. D. de aedil. ed. 21. 1.

Der Irrthum, in welchem der Käufer unter dieser Voraussetzung sich befindet, ist allemal ein entschuldbarer; denn er darf der Natur der Sache nach annehmen, daß der Verkäufer die Beschaffenheit und die Eigenschaften seines Eigenthums kenne, und vermöge der bona fides, welche bei jedem Kaufhandel obwalten soll, auch, daß er ihn nicht hintergehen wolle. Er hat also ebenso wenig nöthig, auf andere Weise (wie ihm z. B. bei nothwendigen Subhastationen vermöge der deßfallsigen besonderen Vorschrift der C. P. O. zu Tit. 39. § 11., welche jedoch keineswegs ausdehnend erklärt werden kann, ob-

liegt) nach der Richtigkeit der Angaben seines Verkäufers sich zu erkundigen, als denselben, nachdem er einmal die Versicherung über eine Eigenschaft der Waare gegeben hat, nochmals zu fragen, ob diese Versicherung auch wahrhaft sei. —

Da nun Kläger ausdrücklich darauf libellirt hat, daß Beklagter die ersichtliche Ankündigung und Einladung an Kauflustige, worin unter den Befugnissen des zu verkaufenden Mühlengrundstücks das Bankbacken angegeben ist, in das — Wochenblatt habe einrücken lassen, er aber, Kläger, sich auf diese Einladung an dem bezeichneten Tage eingefunden und das Grundstück für 1595 Thlr. erstanden habe, so ist auch seine, auf Gewährung dieses Befugnisses und eventuell auf Preisminderung gerichtete Klage vollkommen begründet. Denn jene Angabe Klägers mußte nothwendig entweder der Wahrheit gemäß, oder aus einem, bei dem Verkäufer durchaus nicht entschuldbaren Irrthum hervorgegangen, oder dolos sein. Beide letztere Fälle aber hatte Kläger nicht vorauszusetzen. Dem steht auch nicht im Wege, daß Kläger zugiebt, es sei der Aufsatz, worin vom Bankbacken nichts erwähnt ist, vor der Versteigerung verlesen worden. Beklagter hat nicht einmal zu behaupten vermocht, daß er dabei erklärt habe, für etwas Weiteres, als was in diesem Aufsatze enthalten sei, nicht stehen zu wollen, und da in demselben ein Verzeichniß der Rechte des Grundstücks gar nicht enthalten, vielmehr nur ganz im Allgemeinen erwähnt ist, daß dasselbe „mit allem Zubehör, Nutz- und Beschwerungen“ verkauft werde, so war diese vorgelesene Schrift nicht geeignet, den Irrthum, in den Beklagter Klägern einmal versetzt hatte, zu berichtigen, ja vielmehr geeignet, ihn darin zu bestärken.

Ebenso wenig hat Kläger sich dadurch präjudicirt, daß er, als er nach dem Zuschlage, also nach dem Abschlusse des Kaufs, seinen Irrthum erfahren, dessenungeachtet den Kaufcontract unterzeichnet hat. Denn er hatte nun bekannten Rechten nach die Wahl, ob er auf Rescission des geschlossenen Kaufs dringen oder auf Erfüllung der Zusage oder Preisminderung bestehen wollte,

L. 18. pr. D. de aedil. ed. 21. 1.
L. 25. § 1. D. de exc. rei jud. 44 2.

und da er anzuführen gewußt, daß er den Kaufaufsatz unter Beifügung eines Vorbehalts seiner Ansprüche unterschrieben habe, so wird dadurch jede Vermuthung eines stillschweigenden Verzichts gänzlich ausgeschlossen.

Beklagter hat nun aber alle diese wesentlichen Thatsachen des Klagvorbringens in der Einlassung eingeräumt. Mithin kann er sich von der geklagten Verbindlichkeit durch nichts Anderes befreien, als durch den Beweis, daß der Irrthum Klägers, noch ehe derselbe das höchste Gebot gethan, von ihm oder einem Anderen berichtigt worden sei. Diese einzige ihn zu schützen geeignete Ausflucht hat er nun zwar nicht ausdrücklich als solche vorgeschützt, aber doch implicite ganz deutlich durch Verneinung des Anführens der Klage, „daß Klägerm Niemand eröffnet habe, daß jenem Grundstücke das Bankbacken abgehe." Dem ganzen Zusammenhange der Klage nach ist hier offenbar davon die Rede, daß dieß Klägerm vor dem Beginn der Versteigerung von Niemandem eröffnet worden sei; mithin ist auch die Verneinung eben auf diese Zeit zu beziehen, und sie ist, da zwei Negationen in der hier vorliegenden Verbindung allerdings einer Bejahung gleich zu achten sind, unzweifelhaft identisch mit der Behauptung, daß solches allerdings geschehen sei. Diese Behauptung ist es also allein, die der Verurtheilung des Beklagten noch entgegensteht, und es war daher auf deren Beweis zu erkennen, durch welches abändernde Erkenntniß sich denn auch die ausgesprochene Compensation der Kosten des Rechtsmittels rechtfertigt.

Das Erkenntniß des Königl. Appellationsgerichts zu Dresden, dessen Entscheidungsgründe vorstehends mitgetheilt worden sind, wurde auf eingewandte Appellation unterm 3. Jan. 1838 vom Königl. Ober-Appellationsgerichte dahin abgeändert, daß Beklagter für die Entbehrung des geklagten Bankbackens eine durch Sachverständiger Ermessen auszumittelnde Entschädigungssumme, welche jedoch den Betrag von 250 Thlrn. nicht übersteigen darf, nebst Zinsen des Verzugs, von Zeit der angestellten Klage an gerechnet, Klägerm zu bezahlen, oder an den bei demselben zu fordern habenden Kaufgeldern sich kürzen zu lassen schuldig.

Auf anderweite Appellation wurde vorgedachtes Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß, unterm 21. Juni 1838 vom Ober-Appellationsgerichte bestätigt, mit der Erklärung, daß von den Sachverständigen, von welchen jeder der Parteien einen zu benennen unbenommen, der dritte aber Gerichtswegen zuzuordnen ist, bei der erkannten Ausmittelung einer den Betrag von 250 Thlrn. Capital nicht übersteigenden Entschädigungssumme für das Bankbacken darauf, welchen reinen Gewinn zur Zeit des am 19. April 1836 erfolgten Kaufsabschlusses Kläger aus der ihm von Beklagtem mitverkauften Gerechtigkeit zum Bankbacken jährlich habe ziehen können, und wie hoch derselbe im Verhältnisse zu den übrigen Nutzungen der von Klägerm für eine Kaufsumme von 1595 Thlrn. erkauften Mühle, nach Capital gerechnet, am 19. April 1836 zu veranschlagen sei, Rücksicht zu nehmen und darnach ihr Gutachten abzugeben ist.

Die Entscheidungsgründe zu diesem letzteren Erkenntnisse enthalten unter Anderem Folgendes:

„Im Uebrigen ist das vorige Erkenntniß aus den demselben beigegebenen Gründen zu bestätigen, jedoch wegen Ausmittelung der Entschädigungssumme die im Urthel enthaltene Erklärung beizufügen gewesen, welche sich auf nachbemerkte Gründe stützt: Ein Verkäufer, welcher eine auf dem verkauften Grundstücke nach seiner Angabe haftende Gerechtigkeit mit verkauft, ist dann, wenn sich findet, daß diese seine Angabe falsch war, verbunden, den Käufer deßhalb zu entschädigen."

„Kläger hat für die Entbehrung des Bankbackens eine durch richterliches und Sachverständiger Ermessen zu bestimmende Entschädigungssumme, sonach nicht den Werth, welchen die unter einer und derselben Kaufsumme begriffene Bankgerechtigkeit, allein betrachtet, haben könnte, sondern ein Capital gefordert, welches ihm an Zinsen so viel Nutzen gewährt, als er im Verhältnisse zu den übrigen Nutzungen des erkauften Mühlengrundstücks jährlich reinen Gewinn aus dem Bankbacken haben würde, wenn er zum Verkaufe backen dürfte. Diesem Gesuche Klägers gemäß ist auch Beklagter verurtheilt worden, Ersterem eine auszumittelnde Entschädigungssumme für die Entbehrung des Bankbackens, nicht aber den Werth, welchen

das Bankbacken, an sich genommen, haben kann, zu gewähren, weil auf das volle, in der Klage speciell berechnete id quod interest Anspruch gemacht worden ist. Dieses id quod interest, welches der Verkäufer dem Käufer für eine einzelne, nicht um einen besonderen Preis, sondern zugleich mit mehreren anderen Gegenständen unter einer und derselben Summe mit verkaufte, aber fehlende Sache zu leisten hat, besteht

cfr. Carpzov, Respons. lib. 5. Resp. nr. 47.
Berger, Oec. jur. lib. 3. tit. 8. Thes. 5. not. 18.
Glück, Erläuterung der Pandekten. 20r. Theil. 1ste Abth. Seite 83.

§ 1111.

in dem entbehrten reinen Gewinne, welchen der Käufer von dieser Sache hätte ziehen können, indem dieser das wirklich Fehlende und der geringere Nutzen ist, welchen der Käufer von dem um eine und dieselbe Kaufsumme verkauften Complexus von Sachen nach seinen übrigen Nutzungen hätte ziehen können.

Der Käufer kann auch in der That nicht mehr verlangen, als Entschädigung für den zu hohen Preis, welchen er verhältnißmäßig unter der bedungenen gesammten Kaufsumme mit für das einzelne Stück gegeben hat.

XX.

Wenn zu des Hauptschuldners Vermögen der Concurs eröffnet worden ist, so ist derselbe pro excusso zu achten, und es kann daher solchenfalls der Bürge sofort in Anspruch genommen werden.

Entscheidungsgründe zu einem Erkenntnisse des Königl. Ober-Appellationsgerichts v. 11. Juni 1840, in Sachen der unter der Firma C. Th. u. Sohn handelnden Kaufleute, Caspar Th. u. Johann Th. ÷ Christiane Sophie Sch.

Ad gravamen bemerkt man, daß die Klage für noch zur Zeit unstatthaft ist erachtet worden, weil ungewiß sei, was zu der Gläubiger Befriedigung aus des Hauptschuldners Concurse werde zu erlangen sein. Dem ist jedoch darum nicht beizutreten gewesen, weil nach

Berger, Oec. jur. ed. Winkleri, lib. III. Tit. 3. th. 12. not. 3.

und nach der Praxis des vormaligen Appellationsgerichts die Eröffnung des Concurses zu des Hauptschuldners Vermögen ausreicht, dem Gläubiger das Befugniß zu geben, sofort den Bürgen in Anspruch zu nehmen.

Allein, und um deßwillen hat man die Abweisung in der angebrachten Maße bestätigt, weil Kläger die Forderung der Hauptschuld an Beklagte abzutreten, sich hätten erbieten und dabei, daß der Liquidationstermin noch nicht abgehalten worden sei, oder, daß derselbe bereits eingetreten sei und sie sich gebüh-

rend gemeldet, beibringen sollen. Hiervon aber ist in der Klage nichts zu befinden. Unbezweifelt aber darf ein Gläubiger den Bürgen, besonders dann, wenn derselbe nicht als Hauptschuldner der Verbindlichkeit beigetreten, nicht um die Möglichkeit des Regresses gegen den Hauptschuldner bringen.

Berichtigungen.

Seite 3, Anmerk. 4 l. Arrestbeschlag statt Arrestanschlag.
" 26, Z. 16 v. o. l. über statt oder.
" 30, Z. 13 v. o. l. keinen statt einen.
" 125, Anmerk. 3 l. VII. statt II.

Dresden,
gedruckt in der Gärtner'schen Buchdruckerei.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schwarze, Friedrich Oskar <<von>>,

Untersuchung practisch wichtiger Materien aus dem Gebiete des im Kö nigreiche Sachsen geltenden Rechts Nebst einem Anhange interessanter Erkenntnisse Sächsischer Spruchbehörden

Dresden und Leipzig 1844

J.germ. 181 h
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10552666-2